



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

*128. OBSTACLES À CONTOURNER ET MODALITÉS DE LA CESSION ISOLÉE EN
LIQUIDATION JUDICIAIRE*

JULIEN THÉRON

Référence de publication : BJE juill. 2012, n° JBE-2012-0128, p. 253

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

128. OBSTACLES À CONTOURNER ET MODALITÉS DE LA CESSION ISOLÉE EN LIQUIDATION JUDICIAIRE

Il n'est pas rare que le liquidateur procédant à la cession isolée des biens du débiteur rencontre un véritable obstacle à la cession (insaisissabilité, inaliénabilité, ou encore promesse de vente...) ou hésite quant au mode de réalisation à emprunter. Dans ce type de situation le législateur ne propose aucune règle et la jurisprudence ne souffle pas toujours la solution. Il importe alors de reprendre les mécanismes juridiques fondamentaux, pour essayer de proposer les solutions les plus cohérentes.

Certes « le législateur ne peut pas descendre dans le détail des questions qui peuvent naître de chaque matière. »/ Pour autant, compte tenu de la logorrhée législative et soucieux d'un impératif de sécurité juridique, on pourrait s'attendre à ce qu'il règle les difficultés les plus essentielles ou fréquentes et donc prévisibles.

Tel n'est pourtant pas le cas en ce qui concerne la cession isolée des biens du débiteur en liquidation judiciaire. Il est permis de s'en émouvoir. Sur un plan statistique, cette issue est de loin la plus fréquente. Cet élément ne semble pas pris en compte par notre Léviathan. Rappelons que le Code de commerce ne comporte dans sa partie législative que deux articles relatifs au choix de la modalité de cession (enchères ou de gré à gré). La partie réglementaire quant à elle ne développe que les aspects purement procéduraux de cette phase.

Dès lors il est fréquent que le praticien ne trouve pas de solution dans l'arsenal législatif ou réglementaire. Pour pallier ce vide, le premier réflexe consiste évidemment à prendre connaissance des solutions posées par la Cour de cassation. En ce domaine comme dans bien d'autres : « Nul praticien n'est censé ignorer la jurisprudence ! » Malheureusement, il existe encore un certain nombre de points pour lesquels la haute cour, faute d'avoir été saisie n'a pas statué. Le deuxième réflexe consiste alors à reprendre les mécanismes fondamentaux, les logiques intrinsèques traversées par les procédures collectives pour essayer de proposer les solutions les plus cohérentes.

Les questions pratiques sans solution légale ou réglementaire et parfois même jurisprudentielle foisonnent. Si l'on suit la chronologie de la procédure de réalisation du bien, dans un premier temps le liquidateur peut s'interroger sur la possibilité qu'il a de céder tel ou tel bien. Le principe légal réside certes dans l'exécution forcée de tous les biens du débiteur, mais il arrive que l'actif de ce dernier comprenne des éléments difficilement réalisables. Le liquidateur rencontre un obstacle quant au principe même de la cession (I). Puis dans un deuxième temps, une fois la décision prise de céder qu'il n'y ait pas d'obstacle ou que celui-ci soit levé il se peut que ce soit la modalité de transmission qui soit délicate à arrêter. Il existe en effet des difficultés quant aux choix du mode de cession (II).

I – LES OBSTACLES QUANT AU PRINCIPE DE LA CESSION

Le bien peut être l'objet d'une clause d'insaisissabilité, d'inaliénabilité, ou encore d'une promesse de vente. Les obstacles à la cession sont divers (A). Mais pour chacune de ces hypothèses la problématique est unique : le liquidateur peut-il céder l'actif en cause ?

À défaut, si cela s'avère impossible, quelle attitude adopter ? C'est alors le délicat problème de la clôture de la procédure en présence d'actifs non réalisés ou non réalisables qui se pose (B).

A – LA DIVERSITE DES OBSTACLES

L'actualité jurisprudentielle met en exergue trois types d'obstacles : la clause d'insaisissabilité (1), la clause d'inaliénabilité (2), et la promesse unilatérale de vente (3).

1 – LA CLAUSE D'INSAISSABILITE

Un bien faisant l'objet d'une déclaration d'insaisissabilité en application des articles L. 526-1 et suivants du Code de commerce peut-il être cédé en liquidation ?

Jusqu'il y a peu, deux voies étaient proposées :

– utiliser le dessaisissement au profit du liquidateur résultant de l'article L. 641-9 du Code de commerce pour renoncer à la place du débiteur. Mais cette solution semble peu probable compte tenu de la philosophie de la clause d'insaisissabilité ;

– avancer le fait qu'au sein de la communauté des créanciers représentés par le liquidateur, certains peuvent réaliser le bien.

La clause n'est en effet opposable qu'aux créanciers professionnels, dont la créance est postérieure à la déclaration d'insaisissabilité². Aussi, lorsqu'il existe des créanciers autorisés à poursuivre la réalisation du bien – qu'ils soient antérieurs, ou personnels – le liquidateur devrait pouvoir les représenter. Deux juridictions du fond avaient tranché³ en ce sens.

Désormais, depuis un arrêt rendu par la chambre commerciale le 28 juin 2014 cette solution est condamnée. Le liquidateur ne peut pas réaliser le bien et le juge-commissaire commet un excès de pouvoir s'il ordonne ou autorise une telle cession. Cette solution pouvait être attendue pour deux raisons. D'abord parce qu'il en va de la philosophie de la clause d'insaisissabilité. Si elle devait tomber en cas de faillite, elle perdrait une grande part de son intérêt. Ensuite, cette solution est logique sur un plan procédural. Le liquidateur doit représenter l'intérêt collectif des créanciers. Ce dernier ne pouvant être réduit à l'intérêt d'un seul ou d'une catégorie d'entre eux. Or, cela aurait été le cas si l'on avait admis la cession : le liquidateur n'aurait représenté que la catégorie des créanciers à qui la clause n'est pas opposable.

Une question reste en suspens. Si le liquidateur ne peut pas réaliser les biens insaisissables, les créanciers antérieurs ou personnels du débiteur le peuvent-ils ? Il existe une alternative.

Pendant la procédure, la suspension des poursuites interdit à ces créanciers de réaliser le bien⁵. Il semblerait alors qu'il faille attendre l'issue de celle-ci pour qu'ils puissent y procéder. Mais un obstacle de taille s'y oppose : « Sauf à réécrire l'article L. 643-11 pour créer une nouvelle cause de reprise des poursuites, nous ne voyons pas à quel titre les créanciers à qui la déclaration est inopposable pourraient ensuite saisir l'immeuble. »⁶ Aussi pour une partie de la doctrine, ces créanciers peuvent effectuer des voies d'exécution avant la clôture. La suspension des poursuites ne leur serait pas opposable pour ce bien dans la mesure où celui-ci échapperait à l'« effet réel »⁷.

Sachant dans les deux cas, qu'une fois le bien réalisé et le créancier payé, s'il reste un reliquat non appréhendé il reste indisponible à la condition qu'il soit remployé dans le délai d'un an par le débiteur à l'acquisition d'un immeuble où sera fixée sa résidence principale (Cass. com., art. L. 526-3). On pourrait considérer que cette somme d'argent ne peut être réaffectée à cet effet, dans la mesure où le débiteur étant dessaisi, il reviendrait au liquidateur d'effectuer cet achat, ce qui n'est pas possible... Pourtant, si le bien est en dehors du gage de la procédure en raison de son affectation, il n'y a pas de raison de considérer que le reliquat subisse un sort différent. Cette somme devrait échapper au dessaisissement et pouvoir être employée pendant un an par le débiteur.

Quoi qu'il en soit, pour que cette problématique se pose, encore faut-il que la clause soit opposable, c'est-à-dire ait été publiée à la conservation des hypothèques et au registre auquel est immatriculé l'entrepreneur.

Dans l'hypothèse où elle ne le serait pas, il semble qu'il n'y ait plus d'obstacle à cette réalisation. Le liquidateur devrait pouvoir demander à ce que la déclaration lui soit rendue inopposable. Ce n'est pourtant pas ainsi que l'entend la chambre commerciale⁸. En l'espèce, le débiteur mis en liquidation exerçait une activité artisanale et à ce titre avait justement publié ladite clause au registre des métiers. En revanche, bien qu'également immatriculé au registre du commerce il avait omis d'y faire inscrire l'insaisissabilité de son immeuble. Il n'en fallut pas plus pour que le liquidateur demande en justice à ce que la clause soit déclarée inopposable à la procédure.

Les juges du fond lui donnèrent satisfaction. Dans son pourvoi, le débiteur avança le défaut de qualité du liquidateur pour agir à cette fin. Le moyen est astucieux. En demandant l'inopposabilité de la clause le liquidateur ne représenterait pas l'intérêt collectif des créanciers mais une catégorie seulement d'entre eux : les créanciers professionnels postérieurs à la déclaration. Eux seuls ont intérêt à voir l'action en inopposabilité consacrée... Cet argument a séduit la chambre commerciale puisqu'elle prononce une cassation en indiquant que « l'intérêt collectif des créanciers ne résulte pas de l'irrégularité de la publicité de la déclaration d'insaisissabilité. »

Cela est très contestable⁹ dans la mesure où ici il y a un amalgame entre intérêt collectif et intérêt commun. Pour la chambre commerciale cette demande ne relève pas de l'intérêt collectif des créanciers parce qu'il y a deux catégories de créanciers, ceux à qui la déclaration pourrait être opposée et les autres. A contrario – sauf à faire preuve d'arbitraire – elle admet nécessairement que dans l'hypothèse où la clause est susceptible d'être opposable à tous les créanciers, le liquidateur recouvre sa qualité à agir. En effet, le liquidateur agit alors en représentation de tous les créanciers et non plus seulement d'une

catégorie. En somme en déduisant l'absence d'intérêt collectif de l'existence de catégories distinctes de créanciers la Cour assimile nécessairement intérêt collectif et intérêt commun. L'intérêt collectif ne peut pas varier en fonction de l'identité des créanciers en cause. Par définition l'intérêt collectif transcende les intérêts concrètement en présence. Au contraire l'intérêt commun des créanciers résulte de la somme de ces intérêts. L'appréciation de ce dernier est par conséquent nécessairement concrète.

La somme des différentes solutions rendues par la jurisprudence en matière de clause d'inaliénabilité conduit à un résultat pour le moins étonnant : non seulement le liquidateur ne pourra jamais réaliser le bien, mais en outre il ne pourra pas non plus contester son opposabilité. Une clause rédigée la veille d'un dépôt de bilan et non publiée devrait par conséquent être à l'abri de toute contestation... Au-delà on ne voit pas pourquoi le liquidateur aurait qualité pour agir en nullité... En somme la clause d'insaisissabilité aura plus d'efficacité en droit des procédures collectives qu'en droit commun...

2 – LA CLAUSE D'INALIENABILITE

La clause d'inaliénabilité stipulée dans un acte à titre gratuit¹⁰ est considérée par la jurisprudence comme entraînant insaisissabilité du bien¹¹. Elle constitue donc un obstacle à la cession du bien par le liquidateur.

Une difficulté d'autant plus redoutable que l'on sait depuis un arrêt rendu par la première chambre civile le 29 mai 2001¹² qu'il ne peut pas arguer du dessaisissement du débiteur à son profit pour demander en justice la levée de la clause. Cette faculté constitue en effet un droit propre du débiteur¹³.

Dans ce contexte le liquidateur peut naturellement se tourner vers le juge-commissaire pour solliciter une ordonnance l'autorisant à ne pas réaliser le bien.

Il faut à cet endroit prendre garde car la chambre commerciale vient de rendre un arrêt qui condamne cette pratique : « le juge-commissaire est incompétent pour connaître du sort de l'immeuble grevé d'une clause d'inaliénabilité au profit du tribunal de grande instance statuant en matière civile. »¹⁴

Littéralement, cela emporte deux enseignements :

– tout d'abord, dès qu'une liquidation comprend un immeuble grevé d'une clause d'inaliénabilité, le tribunal de grande instance doit être saisi pour que celui-ci statue sur sa réalisation. Cette solution est intéressante. De la sorte, le liquidateur sera-t-il amené à être plus diligent et à déceler une inopposabilité qu'il n'aurait vraisemblablement envisagé devant le juge-commissaire¹⁵ ;

– ensuite, cela signifie nécessairement que le juge-commissaire autorisant un liquidateur à ne pas vendre commet en cela un excès de pouvoir... Ce faisant, il statue en effet sur le sort de l'immeuble alors qu'il n'en a pas la compétence...

3 – LA PROMESSE UNILATERALE DE VENTE

Lorsqu'un bien à réaliser fait l'objet d'une promesse unilatérale de vente le liquidateur va naturellement s'interroger sur le point de savoir s'il est tenu de la respecter. A-t-il la possibilité de céder le bien à un tiers pour un prix plus intéressant ?

À l'heure actuelle, la chambre commerciale¹⁶ a seulement indiqué que la promesse n'est pas caduque du seul fait de l'ouverture d'une procédure collective. Aussi, le bénéficiaire peut valablement lever l'option postérieurement.

En revanche, sur le plan des principes rien ne devrait s'opposer à la cession lorsque l'option n'a pas été levée. La raison en est simple. En l'état actuel du droit positif, la promesse unilatérale n'est pas analysée comme cristallisant définitivement le consentement à la vente du promettant. Cela explique la jurisprudence refusant de consacrer une exécution forcée en cas de rétractation avant l'expiration du délai¹⁷. Le seul moyen d'analyser la promesse est alors de considérer que le promettant s'est engagé à maintenir son offre. Il s'interdit de céder à un tiers avant expiration de la promesse. En matière de liquidation, ce n'est pas le débiteur qui cède mais le liquidateur qui opère une voie d'exécution... Dès lors il n'y a pas d'obstacle sur un plan théorique. Pour autant sur un plan pratique, il faut rappeler que par un arrêt inédit du 13 février 2007¹⁸, la Cour de cassation avait considéré que le liquidateur devait respecter un pacte de préférence. Sauf incohérence, il n'y a pas de raison pour que son approche soit différente en matière de promesse unilatérale de vente. Encore faut-il préciser que dans ce dernier cas le prix est fixé dans l'avant contrat alors qu'il ne l'est pas dans le pacte de préférence.

Dans ces conditions, pour passer outre une promesse unilatérale de vente, le liquidateur peut-il solliciter sa résiliation sur le fondement de l'article L. 641-11-1, IV, du Code de commerce ? La réponse à cette difficulté vient d'être apportée par la chambre commerciale¹⁹. Cet arrêt après avoir rappelé que l'ouverture de la procédure ne rendait pas caduque la promesse considère que la levée de l'option pendant la période d'observation est valable à la condition que l'administrateur n'ait pas décidé de résilier le contrat. La Cour de cassation considère donc la promesse unilatérale comme un contrat en cours. La prestation ne portant pas sur le paiement d'une somme d'argent, la résiliation devrait être prononcée si le liquidateur prouve qu'elle est nécessaire aux besoins de la liquidation et ne porte une atteinte excessive aux droits des cocontractants. Cela donne également une indication pour le pacte de préférence...

B – LA CLOTURE EN PRESENCE D'ACTIFS DIFFICILEMENT REALISABLES

Il arrive que le bien soit dénué de réelle valeur ou encore soit impossible à réaliser. Le liquidateur sera alors tenté d'obtenir une ordonnance « d'abandon » du juge-commissaire puis de demander la clôture de la procédure, ou encore de solliciter directement cette dernière auprès du tribunal.

Quant à l'ordonnance en abandon de bien, il faut souligner que si elle est pratiquée, elle ne s'appuie sur aucun fondement textuel et pourrait par conséquent être considérée comme dénuée de toute effectivité juridique. Reste à savoir si le tribunal peut clôturer alors qu'il reste des biens – certes difficiles à céder. La loi ne donne aucune indication en ce sens. La Cour de cassation quant à elle a répondu par la négative²⁰. Faisant une application particulièrement rigoureuse des articles L. 643-9 et R. 643-16 du Code de commerce, elle a en effet énoncé que : « La clôture pour insuffisance d'actif de la liquidation judiciaire ne peut être prononcée lorsqu'il subsiste des actifs réalisables du débiteur susceptibles de désintéresser, même partiellement, les créanciers. » En l'espèce il s'avérait pourtant que les actifs étaient particulièrement difficiles à réaliser. Il s'agissait de 3/8e de la nue-propriété d'un immeuble...

Il est fort intéressant de souligner que les juridictions du fond résistent à l'instar de la cour d'appel de renvoi²¹ saisie après l'arrêt précité du 22 janvier 2008. Elle clôtura dans la mesure où la procédure avait déjà duré quinze ans. Elle estima en effet qu'il y avait atteinte à l'article 6 § 1 de la Convention EDH et au respect au délai raisonnable. À l'appui de sa décision, elle avançait que le débiteur avait été dessaisi de ses droits pendant quinze ans... C'est aussi le cas du tribunal de commerce de Valenciennes²² qui a clôturé une procédure ayant duré quinze ans alors qu'il restait quinze parts d'une société civile donnant vocation à la jouissance d'un appartement pour une période d'une semaine par an... Le liquidateur ayant fourni un mandat de vente qui était resté sans acquéreur.

Le souci de ces juridictions de clôturer est tout à fait légitime dans la mesure où l'on sait que la Cour européenne condamne la France en cas de procédure trop longue. Ainsi le 22 septembre dernier dans un arrêt Tetu contre France²³ – sans mauvais jeux de mots – la France a été condamnée pour trois types de violations en raison de la longueur de ses délais : violation du délai raisonnable, violation de l'article 1er du premier protocole additionnel²⁴ et violation de l'article 13 en raison de l'impossibilité pour le débiteur dessaisi d'agir en responsabilité contre l'État eut égard à la longueur de la procédure...

Qu'il soit permis d'espérer que la jurisprudence de la chambre commerciale s'assouplisse et laisse les tribunaux clôturer pour éviter de trop longues procédures, lorsque l'actif ne pourra vraisemblablement être réalisé. Il suffirait pour ce faire de subordonner la clôture à la démonstration de démarches du mandataire restées infructueuses.

II – LES DIFFICULTES QUANT AU CHOIX DU MODE DE CESSION

Parfois, il est possible d'hésiter entre deux modes de cessions : cession isolée ou cession d'entreprise. Tel est le cas du fonds de commerce (A). Dans d'autres situations, le débiteur souhaiterait bénéficier d'une liquidation judiciaire simplifiée alors même que le tribunal ou son président a opté pour le régime normal (B). Enfin, parce que ni la cession de gré à gré ni les enchères ne paraissent adaptées, la pratique a parfois recours aux ventes sous pli cacheté dont la légalité peut être douteuse (C).

A – LE MODE DE REALISATION DU FONDS DE COMMERCE

Le fonds de commerce est susceptible d'être cédé selon deux formes concurrentes : la cession d'entreprise ou la cession en qualité de meuble en application de l'article L. 642-19 du Code de commerce²⁵. Outre le fait que la procédure n'est pas identique puisque dans un cas le tribunal est compétent alors que dans l'autre le juge-commissaire l'ordonne, les conséquences attachées aux deux modes sont différentes. Il faut évidemment souligner une différence primordiale en ce qui concerne le sort des salariés. Puisque si la cession d'entreprise peut s'accompagner d'un plan social, aucune précision n'est donnée dans le cadre d'une cession organisée devant le juge-commissaire et notamment sur le sort des contrats de travail. Par conséquent, il y aura application de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Ce qui conduira à priver d'effets les licenciements auxquels le liquidateur était tenu de procéder dans les quinze jours suivant le jugement de liquidation. Les salariés seront repris par l'acquéreur, peu importe l'existence d'une clause contraire. Mais ce n'est pas la seule différence. Les créanciers titulaires de sûretés réelles ne connaîtront pas le même sort. Encore, dans le cadre de la cession isolée il n'y a pas, au contraire de la cession d'entreprise, de cession judiciaire des contrats...

L'existence de salariés semble constituer le critère le plus adéquat pour opter entre l'un ou l'autre mode²⁶. Pourtant, une partie de la doctrine et de la pratique considère ce critère comme inapte à opérer la ligne de partage. La détermination du mode de transfert dépend selon elle de la seule décision du tribunal d'ordonner ou non la continuation de l'activité du fonds de commerce lors de l'ouverture de la liquidation²⁷. Elle s'appuie sur l'article L. 642-2 du Code de commerce selon lequel « lorsque le tribunal estime que la cession totale ou partielle de l'entreprise est envisageable, il autorise la poursuite de l'activité... » Pour elle, soit le tribunal ordonne la poursuite de l'activité à l'ouverture de la procédure et le fonds de commerce doit être cédé selon les modalités du plan de cession ; soit il n'a pas pris une telle décision, et il faut alors en tirer comme conséquence que le fonds doit être cédé comme n'importe quel bien.

Si la Cour de cassation ne s'est pour l'instant pas prononcée sur ce point la jurisprudence du fonds ne semble pas s'abriter (du moins pas de manière unanime) derrière le critère de l'article L. 642-2 du Code de commerce. Il importe en effet de souligner que la cour d'appel de Poitiers a récemment considéré qu'un fonds devait être cédé en la forme d'une cession d'entreprise alors même que le tribunal n'a pas ordonné le maintien de l'activité. En l'espèce, il s'agissait plus spécifiquement de cessions d'entreprises agricoles qui avaient été effectuées sous couvert des articles L. 642-18 et L. 642-19 du Code de commerce alors que manifestement il s'agissait de cessions d'universalités et donc d'entreprise. La cour d'appel a considéré que le juge-commissaire avait commis un excès de pouvoir²⁸.

Il est dans ces conditions difficile de ne pas militer en faveur du critère de l'existence ou non de salariés comme ligne de partage entre la cession d'entreprise et la cession isolée du fonds qu'il soit commercial ou agricole.

B – LIQUIDATION JUDICIAIRE SIMPLIFIEE

Il arrive en pratique que le débiteur se plaigne de la décision prise par la juridiction d'opter pour la liquidation judiciaire normale et non pour la version simplifiée. Il est vrai que la perspective d'être libéré de ses difficultés dans le délai d'un an constitue un attrait indéniable pour ce dernier.

Pour autant, dispose-t-il d'un moyen de recours efficace contre la décision d'appliquer la liquidation judiciaire normale au détriment de la procédure simplifiée ? Pour y répondre, relevons qu'il n'existe que trois situations possibles :

– soit le débiteur était en liquidation judiciaire simplifiée et le tribunal a par décision spécialement motivée décidé de passer en régime normal en application de l'article L. 644-6 du Code de commerce. Il ne dispose alors d'aucun recours puisque l'article R. 644-4 du même code indique qu'il y a là une mesure d'administration judiciaire non susceptible de recours. Ce qui est pour le moins contestable²⁹... L'article L. 644-6 du Code de commerce indique d'ailleurs qu'il s'agit d'un jugement. Mais prenons acte ;

– soit le débiteur a été placé en liquidation judiciaire par décision du président du tribunal parce qu'au moment où il a statué sur l'ouverture de la liquidation le tribunal ne disposait pas des éléments suffisants pour décider³⁰. Ici encore, le débiteur ne peut pas critiquer dans la mesure où l'article R. 644-1 du Code de commerce indique qu'il s'agit d'une mesure d'administration judiciaire ;

– il reste une dernière hypothèse : celle dans laquelle le jugement statuant sur l'ouverture de la procédure décide de l'application de la liquidation judiciaire normale. La question est alors de savoir si le débiteur peut faire appel pour que soit d'emblée appliquée le régime simplifié. Le code est muet à l'égard de cette situation.

La cour d'appel de Versailles³¹ a répondu par la négative. Il s'agit pour elle d'une mesure d'administration judiciaire. Que peut-on penser de cette solution ?

Certes elle obéit d'un côté à la ratio legis. Vraisemblablement le législateur veut que le choix entre régime simplifié et normal constitue une mesure d'administration judiciaire et soit par conséquent à l'abri de tout recours. C'est la raison pour laquelle il qualifie ainsi la décision prise par le président du tribunal ou encore celle de convertir une liquidation simplifiée en liquidation normale.

D'un autre côté, le législateur est muet concernant le jugement d'ouverture se prononçant sur ce point. La cour d'appel de Versailles pour se justifier avance que les articles L. 644-6 et R. 644-4 sont applicables à l'espèce. Elle opère ainsi un « forçage » du texte. Ces articles visent la situation dans laquelle le tribunal décide de ne « plus » faire application de la liquidation simplifiée. Ce qui par définition ne peut être le cas dans le jugement d'ouverture...

Faute de texte, compte tenu de ces conséquences, il est permis de penser que la qualification de mesure d'administration judiciaire doit rester exceptionnelle.

C – LA VENTE SOUS PLI CACHETE

Non visée par les articles L. 642-18 et L. 642-19 du Code de commerce la vente sous pli cacheté consiste à présenter les offres directement au juge-commissaire sous enveloppe scellée. De la sorte aucun des offrants ne connaissant la proposition faite par les autres il est possible d'atteindre un prix intéressant. Il semble qu'il y ait notamment lieu à cette pratique lorsque les enchères n'ont pas permis d'atteindre la mise à prix.

La difficulté est alors de se prononcer sur la légalité d'un tel procédé. Aucun texte ne le prévoit. Est-ce à dire qu'il est illégal ? La jurisprudence du fonds est partagée. La cour d'appel d'Orléans³² a pu considérer qu'il était prohibé. Mais d'autres juridictions comme récemment la cour d'appel de Dijon³³ considèrent que l'article « L. 642-18 du Code de commerce permet au juge-commissaire d'autoriser la vente de gré à gré aux prix et conditions qu'il détermine. Dans ce cadre, le juge-commissaire peut décider des délais et formes selon lesquels les offres seront formulées, et notamment du recours à une présentation des offres sous pli cacheté, cette présentation n'aboutissant nullement à une transformation de la vente de gré à gré en une enchère privée. »

On comprend donc que pour justifier sa solution la cour d'appel de Dijon affirme qu'il s'agit là d'une forme de cession amiable... Il est possible d'être réservé.

Pour comprendre le rôle du juge en matière d'autorisation de cession amiable, il faut mettre en perspective ce mode de cession avec les enchères. La lecture de l'article L. 642-18 du Code de commerce oblige à considérer qu'il y a une hiérarchie. À l'alinéa 1er on constate que le principe est celui des enchères. Il incombe de souligner que ce principe est multiséculaire. Les enchères sont imposées dans toutes les cessions pour lesquelles on ne peut avoir un consentement du propriétaire. Soit parce que celui-ci est incapable, soit parce que la cession est forcée. Faute de consentement, il faut quand même s'assurer que la cession amènera un prix juste. Aussi le législateur propose un mode de détermination objectif du prix : les enchères. Ce n'est que par exception (C. com., art. L. 642-18, al. 3) qu'il est indiqué que le juge-commissaire peut autoriser une cession amiable. Mais la loi spécifie qu'il ne le fait que si la l'offre retenue permet de réaliser le bien dans de meilleures conditions que ce que ne le permettrait les enchères. Par conséquent il faut que le juge ait un véritable pouvoir de décision et puisse constater que l'offre en cause est meilleure que ce qui serait obtenu aux enchères.

Ce n'est pas le cas si dans le cadre des ventes faites avec offres sous pli cacheté le juge est tenu par la meilleure offre contenue dans une des enveloppes. Il n'a pour ainsi dire aucun pouvoir d'autorisation. Il est lié. Il ne décide de rien. Il est alors impossible d'affirmer que l'on se trouve dans le domaine de l'article L. 642-18 du Code de commerce. Il s'agit véritablement d'enchères privées. Le fait de ne pas céder dans un cadre légal emporte nécessairement des conséquences néfastes. D'abord il est possible d'affirmer que ce faisant le juge-commissaire commet un excès de pouvoir. En outre, il sera impossible d'attacher à cette cession les conséquences assortissant les transferts organisés dans le cadre légal. La rescision pour lésion devrait notamment être admise³⁴. Dans le même sens les créanciers pourraient se plaindre du fait que le meilleur prix n'a pas été atteint...

Au contraire, si le juge n'est pas lié par la proposition la plus haute. S'il n'y a là qu'un moyen de s'assurer que les offrants font la meilleure offre possible. Si le juge-commissaire garde son pouvoir de

décision eut égard à d'autres critères que le prix comme la solvabilité de l'offrant. Alors, il s'agit bien d'une modalité légale de cession de gré à gré. Mais alors, peut-être faudrait-il ne pas la dénommer « vente sous pli cacheté » pour éviter d'éveiller inutilement des soupçons d'illégalité.

1 –

1. Portalis « Discours préliminaire ».

2 –

2. C. com., art. L. 526-1.

3 –

3. CA Orléans, 15 mai 2008 : Act. proc. coll. 2008, n° 239, obs. P. Cagnoli – CA Aix-en-Provence, 3 déc. 2009 : LEDEN janv. 2010, p. 3, n° 1, obs. F.-X. Lucas. Voir également M. Sénéchal, « Réalisation de la résidence principale d'un entrepreneur individuel déclarée insaisissable » : BJS 2009, p. 226, éclairage.

4 –

4. BJE juill. 2011, p. 242, n° 125 ; LEDEN juill. 2011, p. 1, n° 119, note F.-X. Lucas ; JCP E 2011, 1551, note F. Pérochon.

5 –

5. F.-X. Lucas, préc.

6 –

6. F. Pérochon, préc.

7 –

7. F. Pérochon, préc.

8 –

8. Cass. com., 13 mars 2012, n° 11-15438.

9 –

9. Note à paraître Gaz. Pal. procédure civile.

10 –

10. C. civ., art. 900-1.

11 –

11. Paradoxalement cette insaisissabilité est plus efficace que celle qui découle des clauses d'insaisissabilité rédigée dans le cadre d'actes à titres gratuits ou de donations. Pour ces dernières en effet, la loi prévoit la possibilité pour les créanciers de demander au juge la levée de la mesure pour la portion qu'il détermine (L. n° 91-650, 9 juill. 1991, art. 14, 3°).

12 –

12. Cass. 1re civ., 29 mai 2001, n° 99-15776.

13 –

13. À moins de prouver que la clause n'est pas justifiée par un intérêt purement personnel : Cass. 1re civ., 4 juill. 2006, n° 04-12825 : JCP E 2007, chron. 1004, spéc. n° 7, obs. M. Cabrillac.

14 –

14. Cass. com., 8 nov. 2011, n° 10-21508 : BJE mai 2012, p. 168, n° 101, note J. Théron.

15 –

15. L'arrêt précité en est la preuve. Ici, l'opposabilité de la clause était discutable (renonciation de la part du donateur et du donataire).

16 –

16. Cass. com., 7 mars 2006 : Bull. civ., IV, n° 63: Act. proc. coll. 2006/8, n° 93, note M.-H. Monsérié-Bon.

17 –

17. Cass. 3e civ., 11 mai 2011, n° 10-12875 : D. 2011, p. 1457, note D. Mazeaud – Cass. com., 13 sept. 2011, n° 10-19526 : RTD civ. 2011, p. 758, obs. B. Fage.

18 –

18. Bull. civ., IV, n° 34 : Gaz. proc. coll. 2007/2, p. 39, note M. Sénéchal ; RTD com. 2008, p. 856, n° 7, obs. C. Saint-Alary-Houin.

19 –

19. Cass. com., 3 mai 2011, n° 10-18031 : BJE juill. 2011, p. 250, n° 127, note S. Benlisi.

20 –

20. Cass. com., 22 janv. 2008, n° 06-20766 : D. 2008, p. 348, obs. A. Lienhard ; RTD civ. 2008, p. 512, obs. T. Revet.

21 –

21. CA Caen, 4 nov. 2010, n° 09/01735 : Rev. sociétés 2011, p. 191.

22 –

22. TC Valenciennes, 7 mars 2011, n° 2011-429 : LEDEN sept. 2011, p. 3, n° 126, obs. C. Delattre.

23 –

23. CEDH, 5e sect., 22 sept. 2011, req. n° 60983/09.

24 –

24. En raison de la longueur du dessaisissement et donc de la suppression de ses droits patrimoniaux pendant ce temps.

25 –

25. J. Théron, « Liquidation judiciaire et ventes de fonds de commerce » : Rev. proc. coll. 2008, p. 132 et s., spéc. n° 11 et s.

26 –

26. J. Théron, « Liquidation judiciaire et ventes de fonds de commerce » : Rev. proc. coll. 2008, p. 132 et s., spéc. n° 11 et s.

27 –

27. La réforme des procédures collectives, F.-X. Lucas et H. Lécuyer (dir.), LGDJ, 2006, p. 294. Elle s'appuie pour cela sur l'alinéa 1er de l'article L. 642-2 du Code de commerce selon lequel « lorsque

le tribunal estime que la cession totale ou partielle de l'entreprise est envisageable, il autorise la poursuite de l'activité... »

28 –

28. CA Poitiers, 2e ch., 17 mai 2011, n° 10/02898 : BJE juill. 2011, p. 244, n° 122, obs.

C. Vincent.

29 –

29. J. Théron, « Mesures d'administration judiciaire, proposition d'un critère de qualification » :

D. 2010, p. 2246.

30 –

30. C. com., art. L. 641-2, al. 2.

31 –

31. CA Versailles, 13 janv. 2011, n° 10/06855.

32 –

32. CA Orléans, 8 nov. 2001 : JCP N 2002, p. 1423, note J.-P. Garçon.

33 –

33. CA Dijon, 21 juin 2011, n° 10/0274.

34 –

34. L'article 1689 du Code civil ne s'appliquant plus.