

Mandataire Judiciaire

*Certificat de sciences criminelles
D.E.A. de Droit Privé Fondamental
D.E.A. de Droit des Affaires et Accords Industriels
Lauréat de la Faculté
Ancien chargé d'enseignement à la faculté de droit de Montpellier
Ancien professeur à l'E.S.C.A.E.*

La saisie immobilière en procédure collective

Table des matières

| | |
|--|-----------|
| I. La procédure de la saisie de l'immeuble en procédure collective | 3 |
| A. Les particularités de la saisie en procédure collective | 3 |
| 1. Quatre points d'observation du droit des procédures collectives influenceront sur la procédure de la saisie | 3 |
| a. Première observation : le terme de « procédure collective » démontre une hostilité aux initiatives individuelles..... | 4 |
| b. Seconde observation : les objectifs des différentes procédures ne sont pas identiques : c'est la liquidation judiciaire qui est concernée | 4 |
| c. Troisième observation : les procédures collectives ont leurs juridictions, en particulier le juge commissaire | 5 |
| d. Quatrième observation : seul le liquidateur dispose des éléments permettant la répartition des fonds disponibles..... | 6 |
| – <i>D'une part</i> en effet <i>une procédure collective a une durée, un coût et peut générer ses propres dettes</i> : | 6 |
| – <i>D'autre part</i> , certains privilèges n'existent qu'en procédure collective | 7 |
| 2. L'imprégnation du droit des procédures collectives dans les étapes de la saisie..... | 8 |
| a. La préparation de la saisie | 8 |
| – <i>Les règles de déroulement de la liquidation judiciaire et notamment le rôle du juge-commissaire impliquent des dérogations au droit commun</i> : | 8 |
| – <i>L'implantation des règles de la liquidation dans la procédure de saisie de droit commun</i> | 10 |
| – <i>La seule zone d'ombre qui n'est pas définitivement réglée réside dans un point du calendrier : quid en cas de recours contre l'ordonnance du juge commissaire ?</i> | 11 |
| b. L'audience d'adjudication..... | 14 |
| c. Les suites de l'adjudication, le paiement et la répartition du prix..... | 15 |
| – <i>La surenchère</i> | 15 |
| – <i>La préemption</i> | 15 |
| – <i>La réitération des enchères</i> | 15 |
| – <i>Les suites de l'adjudication</i> | 15 |
| B. La saisie en cours au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective : interruption et éventuellement subrogation | 17 |
| II. L'emprise de la saisie | 19 |

| | |
|---|-----------|
| A. L'emprise de la saisie trouve ses limites dans certains principes de la procédure collective | 19 |
| 1. En premier lieu le fondement même de la mission du liquidateur, « l'intérêt des créanciers » va nécessairement limiter l'emprise de la saisie | 19 |
| 2. Le « délaissement » du bien par le liquidateur..... | 21 |
| B. En second lieu l'emprise de la saisie en procédure collective trouvera des limites dans des dispositions de droit commun dont l'efficacité résisterait au droit des procédures collectives et notamment la déclaration d'insaisissabilité..... | 24 |
| 1. La primauté de la déclaration d'insaisissabilité sur le droit des procédures collectives : le liquidateur ne peut vendre l'immeuble | 24 |
| <i>a. Exposé du problème : un passif « multi origine » composé de créanciers auxquels la déclaration est opposable et de créanciers auxquels la déclaration est opposable.....</i> | <i>24</i> |
| <i>b. La jurisprudence : la primauté du dispositif de la déclaration d'insaisissabilité et l'impossibilité pour le liquidateur de saisir l'immeuble.</i> | <i>25</i> |
| <i>c. La mise en œuvre du dispositif d'insaisissabilité dans les opérations de liquidation</i> | <i>27</i> |
| 2. Le sort de l'immeuble déclaré insaisissable et le cas échéant de son prix : les questions non réglées | 28 |
| 3. La solution de la saisie par les créanciers auxquels la déclaration est inopposable..... | 28 |
| <i>a. Présentation de la solution proposée : la saisie par les créanciers auxquels la déclaration est inopposable.</i> | <i>28</i> |
| <i>b. Les objections à la solution de la saisie par les créanciers auxquels la déclaration est inopposable.</i> | <i>28</i> |
| - Première objection juridique : <i>La suspension du droit de poursuites ne comporte pas d'exception durant la procédure collective.</i> | <i>28</i> |
| - Seconde objection juridique : <i>Même la clôture de la liquidation judiciaire ne fait pas, par principe, recouvrer aux créanciers leurs droits de poursuites.</i> | <i>29</i> |
| - Troisième objection juridique : <i>L'argument suivant lequel l'immeuble insaisissable échappe au dessaisissement n'est pas certain et est inopérant.</i> | <i>30</i> |
| - Quatrième objection juridique : <i>L'argument suivant lequel l'immeuble insaisissable échappe à la procédure collective ne se vérifie pas.</i> | <i>32</i> |
| - Objections pratiques : <i>Permettre la saisie de l'immeuble à la discrétion de certains créanciers conduit à un traitement très inéquitable de l'ensemble des créanciers et un traitement du débiteur très exposé aux critiques.</i> | <i>32</i> |
| 4. La solution extrémiste : l'impossibilité de saisie de l'immeuble par les créanciers : personne ne peut vendre l'immeuble | 35 |
| 5. La solution pratiquée par les banques : du maintien de l'échéancier en violation de la déchéance du terme | 35 |
| 6. Réflexion pour une solution d'aménagement du texte respectant le droit de la liquidation : la vente par le liquidateur, dans l'intérêt de la collectivité des créanciers, et la répartition du prix aux créanciers auxquels la déclaration est inopposable après une vérification des créances spécifiques | 36 |
| 7. L'occasion manquée de la loi du 6 août 2015..... | 39 |
| Conclusion | 40 |

Parler de la saisie immobilière en procédure collective recoupe deux aspects : la procédure de la saisie (I) et l'emprise de la saisie (II).

Nous verrons que sur le premier point le droit des procédures collectives a imposé sa suprématie, alors que sur le second, c'est plutôt le droit commun qui s'impose au droit des procédures collectives.

I. La procédure de la saisie de l'immeuble en procédure collective

Quand il s'agit de vendre un immeuble aux enchères, le droit des procédures collectives s'immisce dans le droit commun de la saisie, auquel il fait appel par simple renvoi aux textes du Code des procédures civiles d'exécution, mais en lui imposant ses propres règles chaque fois que nécessaire (A).

Parfois il faudra régler le sort d'une saisie en cours au moment où le jugement d'ouverture de la procédure collective est prononcé. Là encore le droit des procédures collectives va s'imposer (B).

A. Les particularités de la saisie en procédure collective

L'article R. 642-27 du Code de commerce annonce la couleur : la vente par « adjudication judiciaire » est soumise au droit commun, sauf si le droit des procédures collectives y déroge.

C'est ainsi que les principes clef du droit des procédures collectives (1) vont s'imposer aux différentes étapes de la saisie (2)

1. Quatre points d'observation du droit des procédures collectives influenceront sur la procédure de la saisie

Il s'agit ici d'identifier les principes directeurs de la procédure collective qui vont s'imposer au droit commun de la saisie.

a. Première observation : le terme de « procédure collective » démontre une hostilité aux initiatives individuelles

De toute évidence le terme même de « procédure collective » implique une hostilité vis-à-vis des initiatives individuelles des créanciers qui seront, par principe, interrompues.

La loi organise une représentation de la collectivité des créanciers par le mandataire judiciaire¹ ou le liquidateur².

Par conséquence directe, le texte prive, par principe, les créanciers de leurs droits de poursuite individuelle.

L'article L. 622-21 du Code de commerce dispose en effet que le jugement d'ouverture arrête ou interdit toute procédure d'exécution de la part des créanciers, tant sur les meubles que sur les immeubles (des renvois à ce texte sont organisés pour le redressement judiciaire — article L. 631-14 du Code de commerce — et la liquidation judiciaire — article L. 641-3 du Code de commerce).

L'ouverture de la procédure collective met donc fin, par principe, aux possibilités pour un créancier d'engager une saisie.

Évidemment la procédure de saisie immobilière en sera affectée.

b. Seconde observation : les objectifs des différentes procédures ne sont pas identiques : c'est la liquidation judiciaire qui est concernée

Les objectifs des trois procédures collectives existant en droit positif ne sont pas identiques et seule la liquidation judiciaire tend à la vente forcée et isolée d'un actif.

– La procédure de sauvegarde ne tend pas à la cession forcée des actifs du débiteur.

– Le redressement judiciaire peut tendre à la cession d'entreprise³ mais pas à la cession forcée isolée d'un actif du débiteur.

– Seule la liquidation judiciaire organise la cession forcée des actifs du débiteur pris isolément⁴, et notamment celle d'un immeuble⁵.

Ainsi parler de saisie immobilière en procédure collective revient en réalité à évoquer la saisie en liquidation judiciaire, avec « son » mandataire de justice, le liquidateur.

¹ Art. L. 622-20 C. com. pour la sauvegarde et art. L. 631-14 C. com. pour le redressement judiciaire.

² Art. L. 641-4 pour la liquidation judiciaire.

³ Art. L. 631-13 s. C. com. et R. 631-39 s.

⁴ Art. L. 640-1 al. 2 C. com.

⁵ Art. L. 642-18 s. et R. 642-22 s. C. com.

Dans les autres procédures collectives, qu'il s'agisse de la sauvegarde ou du redressement judiciaire, la suspension des poursuites combinée avec l'absence de possibilité de cession forcée de l'immeuble pris isolément ne laissent la place ni à l'engagement ni à la poursuite d'une saisie.

On peut ajouter que la procédure de rétablissement professionnel instituée par l'ordonnance du 12 mars 2014⁶, qui n'est manifestement pas une procédure collective à part entière, n'organise pas, elle non plus, de saisie des biens. En outre ne sont concernés que les débiteurs dont l'actif est inférieur à 5 000 euros⁷ et il y a donc peu de place pour un immeuble... ou tout au moins un immeuble dont la saisie serait opportune compte tenu des frais à engager.

Ceci dit il aurait sans doute été opportun que le législateur précise que, de la même manière que pour la liquidation judiciaire simplifiée⁸, l'éligibilité au rétablissement professionnel suppose l'absence d'immeuble : il serait singulier qu'un immeuble se trouve inclus dans un rétablissement professionnel alors qu'il ne peut l'être dans une procédure de liquidation simplifiée, par hypothèse plus « rigide ».

En tout état, c'est donc dans ce seul domaine de la liquidation judiciaire que sera cantonné le débat sur la procédure de saisie immobilière post ouverture de la procédure collective.

c. Troisième observation : les procédures collectives ont leurs juridictions, en particulier le juge commissaire

La procédure collective est sous le contrôle du tribunal qui l'a ouverte et du juge-commissaire qui sera amené à statuer sur une vente d'immeuble par une décision qui a autorité.

La loi organise les initiatives des mandataires de justice, sous le contrôle du Tribunal de la procédure collective.

Il s'agira du TGI pour les sociétés civiles, agriculteurs, associations, personnes exerçant une activité indépendante, du tribunal de commerce pour les sociétés commerciales et les personnes exerçant une activité commerciale ou artisanale.

Plus précisément le tribunal désigne l'un de ses juges pour surveiller les opérations. Ce juge est commis par le tribunal, c'est la raison de la dénomination de juge-commissaire, avec pouvoir juridictionnel sur la plupart des actes permettant l'évolution de la procédure : par principe c'est lui qui est compétent et il est la principale juridiction de la procédure collective.

⁶ Art. L. 645-1 s. C. com.

⁷ Art. R. 645-1 C. com.

⁸ Art. L. 641-2 C. com.

Il tire en effet un pouvoir général de l'article L. 621-9 du Code de commerce et ses prérogatives sont précisées au fil du texte. La compétence du Tribunal, n'est présentée par le Code de commerce que par une série d'exceptions expresses à la compétence du juge commissaire, généralement pour les décisions majeures d'avancement de la procédure et ses principales étapes (ouverture, plans, passage d'une procédure à l'autre...).

Là encore, les pouvoirs des juridictions de la procédure collective, et en fait ici du juge-commissaire, vont s'immiscer dans le droit commun de la saisie, nous verrons non pas tellement de manière concurrente avec la juridiction habituelle de la saisie, le juge de l'exécution (JEX), mais en réalité pour l'essentiel en son lieu et place.

d. Quatrième observation : seul le liquidateur dispose des éléments permettant la répartition des fonds disponibles

Le liquidateur fait en fin de procédure la « jonction » entre l'état des créances c'est-à-dire le passif et le produit de la réalisation des actifs, et il est le plus apte à procéder à la répartition du prix.

C'est donc le liquidateur qui procède à la répartition des fonds détenus, et notamment du prix de l'immeuble, en fonction du rang des créanciers antérieurs au jugement d'ouverture de la procédure.

Au premier abord on pourrait penser que le liquidateur ne fera que respecter l'ordre de droit commun entre les créanciers antérieurs au jugement d'ouverture de la procédure.

Cependant, d'une part, dans une procédure collective il n'y a pas que des créanciers antérieurs au jugement d'ouverture et, d'autre part, certaines catégories de créance n'existent qu'en procédures collectives et sont inconnues du droit commun.

– *D'une part en effet une procédure collective a une durée, un coût et peut générer ses propres dettes :*

Dans la répartition de toute somme disponible il faudra donc prendre en considération ces créances nées régulièrement durant la procédure collective qui vont trouver place dans l'ordre « de droit commun » de répartition.

Pour l'essentiel, cette observation aura peu d'effet pratique en matière immobilière puisque, par principe, les créances postérieures sont primées par les créanciers hypothécaires (article L641-13 II du code de commerce)

Cependant il ne faut pas négliger la règle « *un privilège utile à l'autre le prime* », qui s'impose quel que soit le rang de la créance invoquée, et qui permettra *a minima* que les frais de justice soient payés avant les créances hypothécaires.

Ainsi il appartient au liquidateur et à lui seul de régler, en fonction des règles de la procédure collective, les « préférences » entre les créanciers, en insérant les créances de cette procédure collective dans l'ordre de droit commun de répartition du prix de l'immeuble.

– *D'autre part*, certains privilèges n'existent qu'en procédure collective

En effet, surtout, le traitement prioritaire des salariés a amené le législateur à instaurer une catégorie de créance qui n'existe pas en droit commun : le super-privilège des salaires qui vient garantir le paiement des 60 derniers jours de salaires, des préavis et de l'indemnité compensatrice de congés payés. Comme le suggère le terme de « super-privilège » ~~le suggère~~, les créances correspondantes passent avant les autres privilèges, en ce compris l'hypothèque.

Bref l'ordre légal des créanciers tel qu'il est connu en droit commun est perturbé, et seul le liquidateur a une vision de l'ensemble de ses paramètres, puisqu'il relève précisément de sa mission (le cas échéant à la suite du mandataire judiciaire) d'arrêter le montant du passif antérieur et postérieur.

Il conviendra donc que ce soit le liquidateur qui répartisse le prix.

Ainsi, si on réunit ces quatre observations en une seule phrase, on comprend donc que la saisie immobilière en procédure collective va consister :

- en liquidation judiciaire simplement ;
- pour le liquidateur simplement ;
- à rechercher la saisie de l'immeuble avec l'autorisation préalable du juge-commissaire ;
- et à en répartir le prix aux créanciers selon des règles issues du droit commun mais amendées de celles de la procédure collective.

L'essentiel est dit.

Le reste de cet exposé ne consistera qu'à décrire point par point l'adaptation de la procédure de droit commun à celle de la liquidation judiciaire.

Petite entorse à la description générale ci dessus :

Article L. 643-2° du Code de commerce : si le liquidateur n'entreprend pas la vente dans les 3 mois, un créancier inscrit sur l'immeuble peut le faire, en respectant les règles de la liquidation judiciaire que nous allons voir. C'est peu pratiqué mais permet parfois de pallier l'inertie du liquidateur, d'autant plus dommageable que nonobstant la

liquidation judiciaire les intérêts de certains créanciers continuent à courir (prêts à plus d'un an⁹).

Mais revenons au processus de saisie adapté à la liquidation judiciaire, c'est-à-dire à la transposition de nos quatre observations dans les différentes étapes de la saisie.

2. L'imprégnation du droit des procédures collectives dans les étapes de la saisie

On peut scinder le processus de saisie en trois grandes étapes chronologiques : la préparation de la saisie (a), l'audience d'adjudication elle-même (b), et les suites de l'adjudication avec notamment la répartition du prix (c).

a. La préparation de la saisie

Cette étape qui repose en droit commun sur le commandement et l'audience d'orientation, subit ici un régime totalement dérogatoire qui est la conséquence de l'intervention du juge-commissaire et de son autorité juridictionnelle.

– *Les règles de déroulement de la liquidation judiciaire et notamment le rôle du juge-commissaire impliquent des dérogations au droit commun :*

Comme déjà indiqué ci dessus, la liquidation judiciaire se déroule sous l'autorité et le contrôle du juge-commissaire qui est la principale juridiction de la procédure collective.

En l'espèce le juge-commissaire, saisi par la requête du liquidateur¹⁰, rend, s'il y fait droit, une ordonnance organisant la vente de l'immeuble après avoir entendu ou appelé¹¹ :

- le débiteur ;
- le cas échéant son conjoint commun en biens ;
- le liquidateur requérant¹².

Cette ordonnance du juge-commissaire est notifiée par le greffe du tribunal de la procédure collective, par courrier recommandé avec accusé de réception, au débiteur et aux créanciers inscrits sur l'immeuble¹³. On peut relever que les créanciers ne sont pas convoqués par le juge-commissaire, puisqu'ils sont représentés par le liquidateur¹⁴.

L'ordonnance du juge-commissaire peut faire l'objet d'un appel¹⁵, ce qui *a priori* concerne exclusivement les parties et donc en tout premier lieu le débiteur (et il

⁹ V. art. L. 622-28 C. com.

¹⁰ Art. R. 642-28.

¹¹ Art. R. 642-24 qui renvoie à R. 642-36-1.

¹² Art. R. 642-36-1 C. com.

¹³ Art. R. 642-23 C. com.

¹⁴ Art. L. 641-4 « combiné » avec l'article L. 622-20.

¹⁵ Art. R. 642-37-1.

semble que le conjoint ne puisse pas faire appel puisqu'il n'est pas partie, pas plus d'ailleurs que les créanciers inscrits).

Les recours organisés par le droit des procédures collectives sont exclusifs de tous autres, et d'ailleurs la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que la vente ordonnée par le juge commissaire n'est pas une mesure d'exécution forcée au sens des textes qui régissent la compétence du juge de l'exécution.

Ainsi la contestation devant le juge de l'exécution, en sa qualité de juge du contentieux de l'exécution, est irrecevable¹⁶.

L'ordonnance définitive, ou la décision statuant sur appel de cette ordonnance, est donc une décision qui a autorité de la chose jugée qui ordonne la vente aux enchères de l'immeuble.

Évidemment cela va limiter les prérogatives du juge de l'exécution (JEX), cette fois-ci dans sa qualité de juge de droit commun de la saisie immobilière, lequel ne puise pas dans les textes de pouvoirs particuliers de modifier la décision d'une autre juridiction. Nous en trouverons les conséquences.

En outre, les textes régissant la liquidation judiciaire érigent en principe la vente des immeubles par adjudication amiable, c'est-à-dire devant notaire (ce qui est peu pratiqué), ou judiciaire, c'est-à-dire dans les formes de la saisie.

Pour autant les mêmes textes permettent également au juge-commissaire, par exception, de retenir une proposition d'acquisition et de faire droit à une vente amiable ou plus exactement dite de gré à gré¹⁷.

Ainsi l'ordonnance du juge-commissaire qui organise la saisie aura, le cas échéant, écarté les possibilités de vente de gré à gré proposées par le débiteur, et en tout état, si le débiteur souhaite qu'une vente de gré à gré soit retenue, c'est devant le juge-commissaire qu'il doit exprimer ce souhait.

Évidemment cela va interférer sur la possibilité pour le débiteur de demander une vente amiable dans le cadre de la saisie. Là encore nous en trouverons les conséquences.

Enfin le texte précise que dans son ordonnance le juge-commissaire fixe la mise à prix, les modalités de publicité, les modalités de visite de l'immeuble et la faculté éventuelle de baisse de mise à prix en cas de carence¹⁸.

À ce stade, on se demande quelle pourrait alors être la place du commandement de saisie du droit commun.

¹⁶ Com. 11 févr. 2014, n° 12-26.208.

¹⁷ Art. L. 642-18 C. com.

¹⁸ Art. L. 642-18 et R. 6442-22 C. com.

– *L’implantation des règles de la liquidation dans la procédure de saisie de droit commun*

Dès lors que la saisie immobilière en procédure collective reste quand même une saisie immobilière, il a bien fallu que les règles de la première s’implantent dans la seconde.

Après quelques tâtonnements, et un remaniement organisé par un décret du 12 février 2009, le législateur est parvenu à une assez bonne conciliation de la procédure de saisie avec l’impératif de préserver sa place prépondérante au droit de la liquidation judiciaire.

Ainsi on peut dégager trois différences majeures par rapport au droit commun, qui sont la conséquence de ce qui précède :

i. L’ordonnance du juge-commissaire se substitue au commandement de saisie de droit commun.

L’ordonnance du juge-commissaire se substitue au commandement dont elle contient toutes les indications¹⁹ et est publiée dans les mêmes conditions (la seule particularité est que d’éventuels commandements antérieurs cessent de produire effet).

ii. Le juge de l’exécution ne peut faire droit à une demande de vente amiable

Faute d’être recevable à demander au juge de l’exécution (par ailleurs incompétent) de modifier la décision du juge-commissaire, le débiteur ne pourra pas solliciter la vente amiable en cours de saisie.

iii. L’audience d’orientation est supprimée

L’audience d’orientation, jugée inutile, est en conséquence supprimée²⁰ (jusqu’au décret du 12 février 2009 cette audience était maintenue bien que vidée de sa substance puisque le débiteur ne pouvait rien y demander).

Ainsi, le texte²¹ prévoit un cheminement procédural plus simple : le liquidateur dépose le cahier des conditions de la vente au greffe du juge de l’exécution, ce document n’ayant rien de particulier par rapport au droit commun si ce n’est évidemment qu’il vise l’ordonnance du juge-commissaire au lieu de commandement.

Le conjoint du débiteur (évidemment en cas de vente d’un bien commun) et les créanciers inscrits sont avisés par acte d’huissier, à la demande du liquidateur, de la date de l’audience d’adjudication.

Cet avis contient ou vaut (le texte emploie successivement les deux termes) sommation de prendre communication du cahier des conditions de la vente, et

¹⁹ Art. R. 642-23 C. com.

²⁰ Art. R. 642-29-1 al. 2 C. com.

²¹ Toujours art. R. 642-19-1 C. com.

l'indication que les seules contestations recevables sont celles relatives à des actes postérieurs à l'ordonnance du juge-commissaire (à la vérité on voit mal de quoi il s'agit).

Il est indifférent que le débiteur ait été sommé de prendre connaissance du cahier des conditions de la vente²² puisque ses contestations seront irrecevables.

L'article R. 642-29-1 du Code de commerce ne l'évoque d'ailleurs pas dans les destinataires de l'avis d'avoir à prendre connaissance du cahier des conditions de la vente.

Les éventuelles contestations relatives à un acte postérieur à l'ordonnance du juge-commissaire sont formulées par conclusions d'avocat déposées au greffe du Juge de l'exécution dans les 15 jours de l'avis et ce n'est qu'en cas de contestation que ce juge tiendra une audience. Le texte précise que ces contestations ne suspendent pas le cours de la procédure, pas plus d'ailleurs que l'appel du jugement rendu par le juge de l'exécution.

En pratique ce type d'audience est évidemment rarissime, le juge-commissaire, et le cas échéant la cour d'appel statuant sur recours contre son ordonnance, ayant vidé préalablement toutes les contestations.

L'étape de préparation de la saisie est donc fortement imprégnée du droit de la liquidation judiciaire, et la cohabitation des deux corps de textes s'articule assez bien.

– La seule zone d'ombre qui n'est pas définitivement réglée réside dans un point du calendrier : quid en cas de recours contre l'ordonnance du juge commissaire ?

Pour l'essentiel, le calendrier, calqué sur celui du droit commun, est organisé par l'article R. 642-29-1 du Code de commerce.

Comme pour le commandement, l'ordonnance doit être publiée, même si c'est moins utile qu'en droit commun où la publication rend l'immeuble indisponible.

En effet en liquidation judiciaire l'immeuble ne pourra de toute façon pas être valablement vendu sans le respect de la procédure ad hoc.

La sanction retenue par la jurisprudence pour l'acte passé par le débiteur nonobstant le dessaisissement attaché à la liquidation judiciaire est généralement son inopposabilité à la procédure collective²³, même si le défaut de capacité du débiteur pourrait selon nous conduire à une nullité que la Cour de cassation semble être en

²² Com. 18 janv. 2011, n° 09-72.961.

²³ Com. 16 oct. 2012, n° 10-25.387.

chemin pour adopter en ce qui concerne les actes de procédure accomplis par le débiteur seul²⁴.

Il n'y a certes pas de nullité sans texte, et c'est là encore un domaine dans lequel il aurait été souhaitable que le législateur se prononce. En tout état les inconvénients sont majeurs et la situation du contractant du débiteur est des plus inconfortable, puisqu'en cas de cession de l'immeuble par le débiteur, l'acheteur ne pourra se prévaloir du transfert de propriété, sans égard pour sa bonne foi.

Sauf des cas particuliers très marginaux, la publicité du jugement d'ouverture de la procédure collective est suffisamment accessible pour éviter des ventes passées en violation des règles de la liquidation et protéger ainsi la responsabilité des notaires : le site BODACC.fr permet maintenant des recherches fiables, et seules les procédures relativement anciennes, concernant des personnes qui ne sont pas immatriculées au registre du commerce, présentent de réels risques dans ce domaine.

En tout état, comme pour le commandement, la publication de l'ordonnance cesse de produire ses effets faute d'adjudication dans les 3 ans ou de jugement prolongeant ce délai.

Comme en droit commun, la publication de l'ordonnance du juge-commissaire déclenche l'enchaînement des formalités :

- deux mois pour le dépôt du cahier des conditions de la vente ;
- 5 jours ouvrables après ce dépôt pour l'avis de la date de l'audience d'adjudication donné aux créanciers inscrits et au conjoint du débiteur.

Ce délai de 5 jours doit être respecté sous peine de voir le juge de l'exécution déclarer non avenue l'ordonnance du juge-commissaire, sauf motif légitime²⁵.

On ne sait pas trop quel motif peut être légitime à ce stade, mais on ne sait pas trop non plus ce qui s'opposerait au respect de ce délai.

- L'audience d'adjudication est fixée entre 2 et 4 mois de l'avis aux créanciers inscrits et au conjoint du débiteur.

Tout cela semble bien s'enchaîner.

Pourtant un souci peut provenir de la double nécessité :

- de publier l'ordonnance du juge-commissaire dans les mêmes délais que le commandement, soit dans les deux mois de sa date ;

²⁴ Com. 21 févr. 2012, n° 10-10.457.

²⁵ Art. R. 642-29-1.

– et de fixer l’audience d’adjudication entre 2 et 4 mois de l’avis aux créanciers inscrits c’est-à-dire concrètement 2 mois et 5 jours après la publication de l’ordonnance du juge-commissaire.

L’audience d’adjudication doit donc intervenir au maximum 6 mois et 5 jours après la publication de l’ordonnance du juge-commissaire.

Ces deux délais doivent eux aussi être respectés sous peine de voir l’ordonnance du juge-commissaire non avenue, et là encore sauf motif légitime²⁶.

- *Exposé du problème : l’effet du recours contre l’ordonnance du juge-commissaire.*

Que se passe-t-il en cas de recours contre l’ordonnance du juge-commissaire ?

Le problème est plus préoccupant encore depuis le décret de février 2009.

En effet, antérieurement à ce texte, le recours contre l’ordonnance du juge-commissaire était porté devant le tribunal, donc évacué assez rapidement.

Depuis, l’article R. 642-37-1 du Code de commerce dispose que le recours est formé devant la cour d’appel, ce qui implique un calendrier plus long, même s’il est vrai que les juridictions font généralement beaucoup d’efforts pour statuer rapidement.

La lettre du texte est en tout état potentiellement problématique à respecter quand il y a un recours contre l’ordonnance du juge-commissaire.

- *Solutions proposées :*

Trois voies semblent possibles pour pallier cette difficulté de calendrier :

- *Solution 1* — La plus expéditive qui ne satisfait personne : les décisions rendues en matière de procédure collective sont exécutoires de plein droit²⁷ : on peut vendre malgré un recours. En outre faute de texte, l’exécution provisoire ne peut être arrêtée²⁸.

L’argument est cependant envisageable, mais évidemment c’est assez théorique pour des questions de responsabilité des différents intervenants et notamment du liquidateur qui prendrait le risque de voir l’ordonnance du juge-commissaire invalidée après une vente devenue irréversible.

Deux autres solutions moins exposées :

- *Solution 2* — Soutenir devant le juge de l’exécution que le recours contre l’ordonnance constitue un motif légitime de dépassement du délai, puisque l’article R. 642-29-1 l’envisage. C’est tout à fait défendable.

²⁶ Toujours art. R. 642-29-1 C. com.

²⁷ Art. R. 661-1 C. com.

²⁸ Com. 1^{er} oct. 2013, n° 12-23.999.

- *Solution 3* — Soutenir qu'en cas de recours, ce n'est pas l'ordonnance du juge-commissaire qui doit être publiée, mais l'arrêt de la cour d'appel, ou plus exactement en pratique l'ordonnance du juge-commissaire confirmée par la cour d'appel puisqu'évidemment si l'immeuble est vendu c'est que la cour d'appel a confirmé l'ordonnance.

C'est sans doute l'esprit du texte, même si sa lettre évoque simplement la publication de l'ordonnance.

Évidemment cette position peut paraître assez théorique quand on connaît le formalisme des démarches aux services de la publicité foncière, attentifs à publier, à la lettre du texte, une « ordonnance du juge-commissaire ».

C'est en tout cas la solution qu'envisagent les auteurs²⁹.

C'est également ce qu'avait jugé la Cour de cassation avant le décret de 2009.

Deux arrêts :

– Cour de cassation, chambre commerciale, 16 juin 2004, pourvoi n° 02-19.138, « *le jugement rendu sur opposition à l'ordonnance du juge-commissaire se substitue au commandement* » (à l'époque le recours était porté devant le Tribunal).

– Cour de cassation, 2^e chambre civile, 30 mars 2000, pourvoi n° 96-21.478, « *le délai de publication court à compter de la date à laquelle l'ordonnance est passée en force de chose jugée* ».

Ceci dit, cette imperfection de coordination n'a pas encore été tranchée en jurisprudence depuis le décret de février 2009 et il n'y a donc pas de solution certaine à proposer.

Après cette étape de la préparation de la saisie, la seconde étape :

b. L'audience d'adjudication

La phase d'adjudication est plus classique, mis à part le fait que le liquidateur, poursuivant, ne peut être déclaré adjudicataire ni personnellement (la loi le lui interdit) ni ès qualité³⁰, y compris en cas de carence (évidemment).

Les éventuelles facultés de baisse de mise à prix par le juge commissaire seront prises en considération avec

- les avantages d'éviter d'avoir à revenir au point de départ, c'est-à-dire à une nouvelle requête au juge commissaire, en cas de carence d'offre,
- les inconvénients d'amener les candidats à attendre que la baisse soit effective pour se porter enchérisseurs, et donc, de fait, à organiser la vente sur une mise à prix nécessairement baissée par rapport à celle décidée par le juge commissaire.

²⁹ Notamment Le Corre, *J.-Cl. Proc. coll.*, fasc. 2707, N27 et 28.

³⁰ Art. R. 642-26.

La troisième phase, les suites de l'adjudication et le paiement du prix, est en revanche elle aussi dérogoire.

c. Les suites de l'adjudication, le paiement et la répartition du prix

- *La surenchère*

Il n'est pas dérogé au droit commun.

- *La préemption*

Idem en matière de préemption : seule la cession d'entreprise (que ce soit en redressement ou en liquidation judiciaire) fait échec aux droits de préemption : la cession isolée d'un actif immobilier subit les droits de préemption dans les conditions du droit commun.

- *La réitération des enchères*

Le droit de poursuivre en réitération des enchères ne souffre pas lui non plus de particularités, mis à part le fait d'être réservé au liquidateur qui représente tous les créanciers.

- *Les suites de l'adjudication*

Au-delà de ces questions, bien entendu le jugement d'adjudication doit être publié, dans les deux mois de sa date, ou dans les deux mois de sa confirmation en cas d'appel³¹.

Ceci dit la jurisprudence considère que le débiteur est irrecevable à former un recours, en raison de l'autorité de l'ordonnance du juge-commissaire qui décidément bloque toutes les initiatives du débiteur³².

Dans les trois mois du jugement, et par dérogation au droit commun, le paiement du prix intervient *entre les mains du liquidateur*, puisque c'est lui qui règlera l'ordre entre les créanciers.

Ce paiement doit inclure les intérêts au taux légal à compter du jour où la vente est devenue définitive (ce qui déroge au droit commun qui ne prévoit pas le règlement d'intérêt si ce n'est pas mentionné au cahier des conditions de la vente).

L'article L. 642-18 du Code de commerce précise que l'adjudication emporte purge ce qui est heureux, mais ne dispensera évidemment pas le liquidateur, après paiement du prix, de rechercher les radiations amiables ou judiciaires des inscriptions (et ici devant le juge de l'exécution).

³¹ Art. R. 643-3 C. com.

³² Com. 19 janv. 1999, n° 95-20.493.

Le liquidateur répartira le prix en fonction de l'ordre des créanciers sur l'état des créances établi dans le cadre de la procédure collective³³ et des créanciers de la procédure collective elle-même (frais de justice et créances postérieures). Ainsi :

– Contrairement au droit commun de la saisie les créanciers inscrits n'ont pas à déclarer leur créance au sens du droit de la saisie immobilière, dans les deux mois de la dénonciation du commandement, ni à compter de quelque autre acte, puisqu'ils auront déclaré créance au sens des règles de la procédure collective (le terme employé par les deux corps de texte est le même).

– Il n'est pas ici question de paiement provisionnel du créancier de premier rang tel qu'il est organisé par le droit commun. La procédure collective organise ses propres possibilités de paiements provisionnels sous le contrôle du juge-commissaire³⁴ qui peuvent satisfaire tous les besoins en l'espèce, et notamment ceux de mettre un terme au cours des intérêts en effectuant des paiements aux créanciers concernés.

– L'ordre des créanciers tel qu'il s'appliquerait en droit commun est affecté par :

– – L'existence du super privilège des salariés, qui comme déjà indiqué garantit les 60 derniers jours de salaires, les préavis et congés dus aux salariés. Comme son nom l'indique, ce privilège passe avant tous les autres en ce compris les privilèges spéciaux et notamment l'hypothèque, et c'est, avec le privilège des salariés, un des rares privilèges généraux existants, qui porte donc également sur les immeubles (et prime les privilèges spéciaux en application de l'article 2376 du Code civil)

Ces créances des salariés, dans les droits desquels l'AGS est subrogé, seront donc payées *avant* les créanciers hypothécaires.

– – Les éventuels frais de justice inhérents à la procédure collective.

Matériellement le liquidateur établit un état de collocation³⁵ qui est déposé au greffe du tribunal de la procédure collective et publié au *BODACC*.

Les recours éventuels doivent être formés dans les 30 jours de l'insertion au *BODACC* et sont de la compétence du JEX³⁶.

En l'absence de recours, le liquidateur dépose au greffe du tribunal de la procédure collective un procès-verbal de clôture de l'ordre et paye les créanciers³⁷.

³³ Art. L. 642-18.

³⁴ Art. L. 643-3 C. com.

³⁵ Art. R. 643-6 C. com.

³⁶ Art. R. 643-11 C. com.

³⁷ Art. R. 643-7.

Voilà pour la procédure de saisie initiée en cas de liquidation.

B. La saisie en cours au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective : interruption et éventuellement subrogation

Comme déjà indiqué, la procédure collective interrompt les actions individuelles des créanciers : la saisie immobilière est visée comme les autres mesures d'exécution : l'article L. 622-21 dispose en effet que « le jugement d'ouverture arrête ou interdit toute procédure d'exécution tant sur les meubles que sur les immeubles » (on relève là qu'il n'est pas fait d'exception pour l'immeuble déclaré insaisissable, ce qui ne ménage *a priori* pas la saisie en cours d'un créancier auquel la déclaration est pourtant inopposable, et sera un argument contre la théorie selon laquelle le bien insaisissable échappe à l'emprise de la procédure collective).

Du premier acte, c'est-à-dire la délivrance du commandement, jusqu'au dernier, c'est-à-dire l'adjudication « définitive », c'est-à-dire le cas échéant après surenchère³⁸, la saisie en cours est interrompue par le jugement d'ouverture de la procédure collective.

Malgré tout, si on est au stade de la publication du jugement d'adjudication, la loi prévoit quand même que la publication échappe à l'interdiction des inscriptions et, dans ce cas, le prix sera versé à la procédure collective qui prendra le relais du droit commun.

Si on est au stade de la répartition du prix, l'article L. 622-21 dispose que « le jugement d'ouverture de la procédure collective arrête et interdit toute procédure de distribution n'ayant pas produit un effet attributif ». Là encore le prix sera versé à la procédure collective.

Dans les autres cas, le jugement d'ouverture interrompt la saisie : quand je dis jugement d'ouverture, je parle ici indifféremment de sauvegarde, redressement judiciaire ou liquidation judiciaire.

Dans ces deux cas, l'ouverture de la procédure collective est donc un bon moyen de barrer la route au créancier poursuivant.

La vigilance des juridictions, à vérifier qu'elles ne sont pas instrumentalisées pour ouvrir des procédures collectives dont le seul objectif serait d'interrompre une saisie en cours, est ici absolument nécessaire.

Que se passe-t-il après cette interruption ?

Il y a d'abord un « aiguillage » qui dépend de la nature de la procédure collective.

Cela a déjà été indiqué, la finalité des trois procédures collectives existant en droit positif n'est pas la même.

³⁸ Com. 4 mars 2014, n° 13-10.534.

En sauvegarde il n'existe pas de procédure de vente forcée des actifs du débiteur, la saisie ne sera donc ni reprise, ni poursuivie.

Idem en redressement judiciaire où la seule possibilité de cession forcée est la cession d'entreprise.

En liquidation judiciaire, c'est différent, car cette procédure tend précisément à la réalisation forcée des actifs du débiteur que le créancier saisissant était sur le point de mener à bien.

Pourquoi ne pas faire bénéficier la procédure de liquidation des actes de la saisie déjà effectués ?

Les textes permettent donc ce qu'ils appellent improprement la « subrogation » du liquidateur : concrètement le liquidateur, autorisé par le juge-commissaire (il faut toujours une ordonnance), va reprendre la saisie là où elle était interrompue, et la mener à bien selon les règles applicables à la saisie en liquidation judiciaire.

– L'article R. 624-24-alinéa 1^{er} prévoit que les frais engagés sont privilégiés.

– Le commandement peut être prorogé par décision du JEX le temps que le juge-commissaire donne son autorisation de « subrogation ».

En réalité l'intérêt de cette « subrogation » va dépendre de l'état d'avancement de la saisie interrompue et des conditions de la saisie.

Le liquidateur a une option qu'il exerce discrétionnairement :

– il peut préférer ne pas poursuivre la saisie et en recommencer une nouvelle dont il maîtrisera la mise à prix (ou tout au moins dont il proposera la mise à prix qu'il estime adaptée au juge commissaire) et les conditions de la vente, particulièrement si la saisie est à peine commencée ;

– il trouvera en revanche avantage à poursuivre la saisie si on est à la veille de l'audience d'adjudication et si les conditions lui semblent correctes (dans ce cas les frais du poursuivant seront privilégiés).

Pour résumer, toute saisie en cours est interrompue par l'ouverture de la procédure collective, et, *seulement en liquidation judiciaire* la saisie pourra être reprise mais avec une procédure particulière et sous le préalable de l'autorisation du juge-commissaire.

Après la procédure de saisie, il convient d'examiner l'emprise de la saisie.

II. L'emprise de la saisie

Dans ce domaine, à la différence du précédent, le droit des procédures collectives ne fait généralement que se « caler » dans le droit commun.

A priori la procédure collective a emprise sur l'ensemble du patrimoine du débiteur.

D'ailleurs l'article L. 641-9 du Code de commerce qui traite de la liquidation dispose que les droits et actions du débiteur sur son patrimoine sont exercés par le liquidateur. La loi ne fait donc pas de quartier à l'intérieur du patrimoine du débiteur.

Cependant, au-delà de ce premier abord simpliste, un liquidateur ne peut pas tout vendre sans discernement.

Déjà l'article L. 642-18 du même code aménage la possibilité de délais de grâce pour le débiteur agriculteur dont la vente de l'habitation principale sera donc retardée. Mais ce n'est là qu'un décalage dans le temps.

De manière plus définitive l'emprise de la saisie trouvera ses limites, d'une part, dans les principes d'organisation des procédures collectives et, d'autre part, dans des dispositifs de droit commun.

A. L'emprise de la saisie trouve ses limites dans certains principes de la procédure collective

L'une de ces limites, évidente en droit, réside dans le principe fondateur de la mission du liquidateur, l'intérêt des créanciers.

Une autre limite, moins affirmée en jurisprudence et plus contestable en droit, réside dans le délaissement du bien par le liquidateur.

1. En premier lieu le fondement même de la mission du liquidateur, « l'intérêt des créanciers » va nécessairement limiter l'emprise de la saisie

Le liquidateur trouve son intérêt à agir dans l'incarnation de l'intérêt des créanciers.

Le principe est posé par l'article L. 622-20 du Code de commerce « le mandataire judiciaire a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers » auquel renvoie, pour la liquidation judiciaire, l'article L. 641-4 du Code de commerce.

Le liquidateur serait mal fondé à mener une action sans intérêt pour les créanciers, et ne peut donc, en droit, réaliser plus d'actif que nécessaire pour solder le passif.

Concrètement le liquidateur n'a pas intérêt, au sens de l'article 31 du Code de procédure civile, c'est-à-dire intérêt légitime et juridiquement protégé, à rechercher la

vente d'un actif du débiteur si par ailleurs il a pu payer intégralement les créanciers ou s'il dispose des fonds nécessaires.

Informé de cette circonstance, le juge-commissaire ne doit pas autoriser le liquidateur à rechercher une vente inutile.

D'ailleurs l'article L. 643-9 alinéa 2 du Code de commerce dispose que la procédure doit être clôturée lorsque le liquidateur détient de sommes suffisantes pour désintéresser les créanciers.

Pour autant, encore faut-il que le juge-commissaire soit valablement saisi de ce moyen de droit au moment où il est amené à statuer sur une demande de vente d'immeuble.

En effet, si le juge-commissaire ordonne la vente d'un actif sans objection du débiteur, et si son ordonnance devient définitive, le liquidateur devra — et non pas pourra — l'exécuter, même si la vente est inutile au paiement des créanciers.

Il existe ici sans doute une infime place pour envisager la recherche de la responsabilité du liquidateur qui aurait présenté requête pour être autorisé à procéder à une réalisation superflue, mais la recherche de la responsabilité de celui qui exécute une décision de justice est pour le moins malaisée, outre le fait que le débiteur lui-même, sans doute demandeur à l'action en responsabilité, serait l'auteur de son propre préjudice en ne s'étant pas opposé à la demande en temps utile. En bref, on voit mal que l'action aboutisse.

En tout état, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que le juge-commissaire ne commet pas d'excès de pouvoir en ordonnant une vente « inutile » entre guillemets, dès lors que la procédure collective n'est pas clôturée³⁹.

Cette décision est parfaitement logique dès lors que le débat a été porté par les parties sur la question du « pouvoir » du juge-commissaire : tant qu'il est en fonction, il est de son pouvoir d'ordonner une vente.

Il est en revanche probable qu'en l'espèce le recours aurait pu prospérer si au lieu de l'excès de pouvoir, c'est la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt à agir du liquidateur, manifeste en l'espèce, qui avait été invoqué⁴⁰. Et sans doute la vente aurait été évitée.

Et en tout état, correctement invoqué, ce défaut d'intérêt doit paralyser une saisie inutile aux créanciers, et le liquidateur ne peut vendre un bien s'il dispose déjà des fonds nécessaires au règlement des créanciers.

³⁹ Com. 3 nov. 2009, n° 07-14.993.

⁴⁰ Art. 122 C. pr. civ.

2. Le « délaissement » du bien par le liquidateur

Le liquidateur a vocation à réaliser l'entier patrimoine du débiteur jusqu'à complet désintéressement des créanciers.

Cependant les textes ne lui impartissent pas de délai.

Ainsi, alors même que la liquidation judiciaire présente des inconvénients majeurs pour l'autonomie du débiteur, qu'elle soit professionnelle ou patrimoniale, une liquidation peut théoriquement perdurer sans limite temporelle et appréhender tous les actifs présents au jour du jugement d'ouverture ou recueillis ultérieurement.

Le liquidateur pourrait attendre qu'au fil du temps la famille du débiteur soit décimée par l'âge, pour appréhender les successions des uns et des autres !

Tout au moins le pouvait-il dans le déroulement des procédures collectives ouvertes avant le premier juillet 2014 puisque de manière assez singulière et inattendue l'article L. 641-9 IV du Code de commerce tel qu'il découle de l'ordonnance 2014-326 exclut les successions de l'emprise de la liquidation judiciaire.

En tout cas, la durée excessive d'une liquidation judiciaire dans la perspective d'appréhender des actifs « à venir » constituerait une situation tout à fait malsaine, et absolument contraire à l'esprit des textes : une liquidation judiciaire a vocation à régler la situation patrimoniale du débiteur en fonction de difficultés avérées à la date du jugement d'ouverture.

Mais le fait est que si, pendant la durée de la procédure, le débiteur recueille des biens nouveaux par tout moyen (y compris succession jusqu'aux procédures collectives ouvertes avant le premier juillet 2014), ces biens seront appréhendés par la liquidation.

Pour autant cette situation doit être la conséquence de ce que la liquidation n'a pas pu être matériellement clôturée, et il ne serait pas acceptable à l'inverse de permuter la cause et la conséquence, et que la clôture ne soit différée que dans l'attente de ces biens.

De même le fait est que le liquidateur peut appréhender, durant la liquidation judiciaire, la part saisissable des salaires du débiteur, mais il ne saurait être question de ne différer la clôture de la procédure que dans la seule perspective de percevoir, ad vitam æternam, les salaires en question, alors même qu'il n'existe plus de bien à réaliser.

Il est encore moins admissible que la procédure dure sans autre raison que l'inertie ou la lenteur du liquidateur à accomplir les actes nécessaires à son achèvement.

La France a d'ailleurs été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme en raison de liquidation dont la durée est excessive⁴¹.

La loi de 2005 est venue « encadrer » la clôture des opérations, en prévoyant que dès le jugement d'ouverture une date d'examen de la clôture est fixée⁴², avec évidemment — et heureusement — une possibilité de prorogation du délai d'examen de la clôture.

Le même texte est venu préciser expressément que le débiteur pouvait saisir le tribunal aux fins de clôture, ce que les précédents textes ne faisaient pas et qui était apprécié diversement par la jurisprudence⁴³.

Restent cependant des situations peu compréhensibles *a priori* mais qui s'expliquent par les règles complexes de la procédure collective, la méconnaissance par le débiteur de sa situation et le temps qui passe parfois sans recherche de contact avec le liquidateur.

Ainsi un débiteur en liquidation peut penser que « sa » procédure de liquidation judiciaire, dont il ne reçoit plus d'actes, est terminée.

Quelques années plus tard, certains considèrent, de parfaite bonne foi, qu'ils ne sont plus en liquidation, et sont prêts à en attester par écrit si un notaire le leur demande.

Pour peu qu'ils n'aient jamais été inscrits au registre du commerce, il sera fort difficile de trouver trace d'un éventuel jugement de liquidation judiciaire, surtout antérieurement à la mise en service du site internet du *BODACC*.

Et si on ajoute à cela un liquidateur peu diligent, on peut parfaitement quelques années plus tard se trouver en présence d'un actif immobilier cédé par le débiteur seul.

L'absence de clôture de la liquidation — connue ou pas — est une menace pour ces situations et devra se résoudre par l'inopposabilité de l'acte, et parfois une action en responsabilité contre le notaire rédacteur de l'acte.

Cependant la Cour de cassation vient d'ouvrir une brèche, certes à propos d'une liquidation des biens régie par la loi du 13 juillet 1967, mais la solution semble parfaitement transposable au texte actuel.

En l'espèce le débiteur fait l'objet d'une liquidation en 1985, il vend seul un immeuble en 1995 et est assigné en inopposabilité de la vente en 2008 par le syndic.

⁴¹ V. par ex. l'arrêt du 17 janv. 2002, *Laine c/ France*, n° 41-47.698 ou 22 sept. 2011, *Tétu c/ France*, n° 60-98.309.

⁴² Art. L. 643-9 C. com.

⁴³ Com. 5 mars 2002, n° 98-22.646.

Le débiteur soutient devant la cour d'appel que l'absence de diligence du syndic pendant 23 ans est révélatrice d'une « tacite renonciation » à poursuivre la vente de l'immeuble.

La Cour de cassation⁴⁴ casse l'arrêt d'appel qui n'a pas répondu à ce moyen, sans doute sur fond de raccourcissement des délais de prescription, la loi du 18 juin 2008 entrant « complètement » en puissance quelques jours plus tard.

Tout en étant attentif à l'arrêt de renvoi à intervenir (cour d'appel de Nîmes) on ne peut qu'être très circonspect sur la question : en première analyse envisager que le délaissement par le liquidateur donne droit au débiteur de réaliser le bien ne semble pas acceptable, et en pareille situation on pourrait, sous l'empire des textes actuels, renvoyer le débiteur à solliciter la clôture de la procédure, laquelle sera prononcée si le Tribunal estime que les conditions sont réunies.

Mais, le fait est que l'existence d'un bien, même s'il est de très faible valeur⁴⁵ (tout au moins jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance 2014-326 du 12 mars 2014 qui a modifié, par un texte d'application immédiate, l'article L. 643-9), est un obstacle à la clôture, et en outre, comme indiqué ci-dessus, le débiteur a précisément agi en croyant que la clôture était rendue.

L'arrêt du 4 juin 2013 ouvre peut-être la porte à la validité de l'acte, et reportera sans doute alors la question sur le sort du prix et la responsabilité du notaire.

En présence de créancier inscrit sur l'immeuble venant en premier rang sur le prix, on peut penser que, mis à part les frais de justice (honoraires du liquidateur notamment), le liquidateur et le notaire auraient effectué la même répartition : le préjudice est inexistant pour la liquidation judiciaire puisque le même créancier aurait été payé de la même manière.

À l'inverse, la situation serait différente dans deux situations :

– en l'absence de créancier inscrit sur l'immeuble : le notaire aura remis le prix au débiteur, en méconnaissance des droits des autres créanciers ;

– en présence de créancier inscrit sur l'immeuble, primé par le superprivilège des salaires et le privilège des salaires : le notaire aura payé le créancier inscrit alors que le liquidateur aurait payé l'AGS subrogée dans les droits des salariés. Le superprivilège et le privilège des salaires présentent en effet la particularité « piègeuse » d'être parmi les rares privilèges généraux, portant à ce titre sur les immeubles. Plus « dangereux » encore : ces privilèges sont « occultes » puisque non publiés.

⁴⁴ Com. 4 juin 2013, n° 11-23.647.

⁴⁵ Com. 5 mars 2002, n° 98-22.646.

Dans ces deux cas, à l'évidence, l'entorse faite au droit de la liquidation est préjudiciable aux créanciers et les responsabilités des intervenants seront à examiner.

Ainsi suivant comment la Cour de renvoi et la jurisprudence en général aborderont la question, le délaissement prolongé du bien par les organes de la liquidation pourrait justifier la « sortie » du bien de l'emprise de la procédure collective.

Une telle solution, a priori éloignée de la règle de droit, serait hélas parfaitement compréhensibles en équité, dans une situation il est vrai extrême.

B. En second lieu l'emprise de la saisie en procédure collective trouvera des limites dans des dispositions de droit commun dont l'efficacité résisterait au droit des procédures collectives et notamment la déclaration d'insaisissabilité

Ce qui n'est pas saisissable en droit commun ne l'est pas plus en procédure collective, mais a priori les textes portent essentiellement sur des meubles et notamment ceux nécessaires à la vie de la famille.

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2015, en matière immobilière l'écueil majeur provenait de l'absence totale de coordination entre le droit des procédures collectives et les textes qui régissent la déclaration d'insaisissabilité.

La loi du 6 août 2015 n'a pas amélioré la situation, en laissant perdurer toutes les difficultés, et en étendant l'insaisissabilité, qui est maintenant de droit pour la résidence principale.

1. La primauté de la déclaration d'insaisissabilité sur le droit des procédures collectives : le liquidateur ne peut vendre l'immeuble

La solution qui s'est finalement dégagée est que faute d'agir dans l'intérêt de la collectivité des créanciers dans toutes ses composantes, le liquidateur ne peut vendre l'immeuble déclaré insaisissable, sauf le cas, d'école, où le passif serait exclusivement composé de créanciers — et plus précisément de créances — auxquels la déclaration d'insaisissabilité est inopposable.

a. Exposé du problème : un passif « multi origine » composé de créanciers auxquels la déclaration est opposable et de créanciers auxquels la déclaration est opposable.

On le sait, la déclaration d'insaisissabilité est opposable aux créanciers professionnels postérieurs, et n'a, à l'inverse, « pas d'effet » vis-à-vis des créanciers professionnels antérieurs et des créanciers non professionnels.

Or dans la plupart des cas, pour ne pas dire systématiquement, un débiteur en procédure collective a un passif composé à la fois de créanciers auxquels la déclaration

est opposable et des créanciers auxquels elle est inopposable, en principe au moins le banquier qui a financé l'acquisition de l'immeuble en question.

Logiquement, le dispositif d'insaisissabilité n'a de sens que s'il trouve application quand le débiteur en a besoin, c'est-à-dire quand il ne peut faire face à ses dettes.

Cela n'a pas été aussi facile à faire admettre aux professionnels des procédures collectives.

b. La jurisprudence : la primauté du dispositif de la déclaration d'insaisissabilité et l'impossibilité pour le liquidateur de saisir l'immeuble.

Les « affrontements » ont commencé assez rapidement, et avant que la Cour de cassation ait rendu ses premiers arrêts, la situation s'est trouvée résumée avec essentiellement quatre arrêts de quatre cours d'appel, dégageant des solutions radicalement différentes et inconciliables :

- Arrêt 1, cour d'appel d'Orléans du 15 mai 2008 : *la déclaration d'insaisissabilité est inopposable à la liquidation, dès lors qu'il existe dans le passif des créanciers auxquels elle est inopposable* : concrètement le liquidateur peut vendre. Il n'y a pas eu de pourvoi. On ne sait pas si par la suite le liquidateur a vendu, et s'il a vendu ce qu'il a fait du prix.

- Arrêt 2, cour d'appel d'Aix du 3 janvier 2009 : *même solution* le seul fait qu'il y ait dans le passif des dettes auxquelles la déclaration est inopposable justifie la vente de l'immeuble, mais *une précision supplémentaire : le prix sera réparti aux seuls créanciers auxquels la déclaration est inopposable* : depuis cet arrêt a été cassé par l'arrêt du 28 juin 2011 que nous verrons ci après.

- Arrêt 3, cour d'appel de Bourges du 10 mars 2011 : *même solution* sur la qualité pour vendre : le liquidateur a qualité pour vendre l'immeuble puisque figurent majoritairement (en l'espèce à raison de 85 %) dans le passif des créanciers auxquels la déclaration est inopposable, *et une précision inverse à celle de l'arrêt de la cour d'Aix pour le prix : le prix doit être réparti à tous les créanciers, sans égard pour l'opposabilité ou l'inopposabilité de la déclaration*. En quelque sorte pas de subrogation réelle entre bien et prix (alors même que le principe de l'insaisissabilité prévoit une possibilité de emploi).

- Arrêt 4, cour d'appel de Douai du 23 septembre 2010 : *exactement inverse* : « le liquidateur judiciaire a qualité pour agir dans l'intérêt collectif des créanciers lequel ne se confond pas avec la somme des intérêts individuels de ceux-ci ; *il s'en déduit qu'il ne peut invoquer les droits propres de certains d'entre eux (les créanciers antérieurs et les créanciers extraprofessionnels postérieurs à la déclaration d'insaisissabilité) pour entreprendre la vente de l'immeuble* ».

Finalement c'est par l'arrêt du 28 juin 2011⁴⁶ qui a cassé l'arrêt de la cour d'Aix et l'arrêt du 13 mars 2012⁴⁷ que la Cour de cassation a tranché la question : la déclaration d'insaisissabilité est opposable au liquidateur qui ne peut agir que dans l'intérêt de la collectivité des créanciers et pas de certains d'entre eux.

Tout au moins c'est ce que l'on tire de ces arrêts, car la Cour de cassation a plus exactement jugé que le juge-commissaire qui autorisait la vente commettait un excès de pouvoir.

Plus récemment l'arrêt du 18 juin 2013⁴⁸, plus clair, tente de mettre un coup d'arrêt aux réticences de certaines cours d'appel : le liquidateur ne peut légalement agir que dans l'intérêt de tous les créanciers et pas dans l'intérêt personnel d'un créancier ou d'un groupe de créancier : ce coup-ci la messe semble mieux dite.

Au sens de cet arrêt, le liquidateur ne peut donc vendre au profit de ceux des créanciers auxquels la déclaration est inopposable.

Mieux même avec un autre arrêt⁴⁹ assez singulier : même si la déclaration est irrégulièrement publiée, le liquidateur ne peut se prévaloir de cette irrégularité dans le cadre d'une action en inopposabilité ... mais la Cour de Cassation admet cependant que le juge commissaire puisse ordonner la vente de l'immeuble dont l'insaisissabilité est mal publiée (Cass com 2 juin 2015 n°14-10383)

C'est le raisonnement « symétrique » qui est tenu (au moins jusqu'à l'arrêt du 2 juin 2015): si le liquidateur agissait pour faire juger irrégulière la déclaration, il n'agirait pas dans l'intérêt de tous les créanciers mais cette fois-ci seulement dans l'intérêt de ceux auxquels la déclaration est opposable, précisément pour y faire échec.

Il ne peut donc pas le faire faute, là encore, de représenter la collectivité des créanciers.

Si on ajoute que le liquidateur ne peut pas remettre en cause la déclaration :

- par le biais de la notion d'actes faits en période dite suspecte⁵⁰ ;
- par l'action paulienne⁵¹,

nous avons un dispositif qui résiste parfaitement au droit des procédures collectives.

L'ordonnance 2004-326 du 12 mars 2014 entrée en vigueur pour les procédures collectives ouvertes à compter du 1^{er} juillet 2014 écorche très modérément le dispositif en permettant la recherche de la nullité de la déclaration d'insaisissabilité, qu'il s'agisse

⁴⁶ Com. n° 10-15.482.

⁴⁷ Com. n° 11-15.438.

⁴⁸ Com. n° 11-23.716.

⁴⁹ Com. 13 mars 2012, n° 11-15.438.

⁵⁰ Com. 3 févr. 2009, n° 08-10.303.

⁵¹ Com. 23 avr. 2013, n° 12-16.035.

de la nullité automatique de la période suspecte⁵² ou de la nullité éventuelle dans les six mois qui la précèdent⁵³.

c. La mise en œuvre du dispositif d'insaisissabilité dans les opérations de liquidation

On part ici du postulat que le passif est « multi origine » — c'est-à-dire comporte des créances auxquelles la déclaration est inopposable et d'autres auxquelles elle ne l'est pas, et que la déclaration d'insaisissabilité est donc, pour cette raison, susceptible d'être objectée au liquidateur désireux de vendre.

Dans cette hypothèse, la condition pour que la déclaration d'insaisissabilité soit « bloquante » pour le liquidateur sera évidemment que le débiteur, auquel on reconnaît pour ce faire un droit propre, oppose la déclaration d'insaisissabilité devant le juge-commissaire, et qu'il soit fait droit à sa demande par le juge-commissaire (ou sur recours contre son ordonnance).

Là encore, de la même manière qu'il est indiqué plus haut que l'ordonnance du juge-commissaire ordonnant une vente « inutile » pour les créanciers doit être néanmoins exécutée dès lors qu'elle n'a pas fait l'objet de recours ou a été définitivement confirmée, il en sera de même si le juge-commissaire ordonne la vente d'un immeuble nonobstant la déclaration d'insaisissabilité.

La réponse à la question de l'éventuelle responsabilité du liquidateur est également la même (le débiteur peut renoncer au bénéfice de la déclaration d'insaisissabilité, mais sa renonciation ne peut être tacite et ne peut découler de son silence devant le juge commissaire, ce qui aurait été une circonstance supplémentaire d'exonération de la responsabilité du liquidateur)

Ainsi le juge-commissaire est une juridiction, il rend une décision qui a autorité, et, le débiteur sera mal fondé, plus tard en cours de saisie, à invoquer la déclaration d'insaisissabilité s'il laisse devenir définitive une ordonnance du juge-commissaire qui ordonne la vente de l'immeuble : l'immeuble devra être vendu⁵⁴. Le juge de l'exécution ne peut y faire obstacle par une décision rendue au fil de la saisie.

En tout état, on voit d'ailleurs ici, une possibilité pour le débiteur d'organiser l'échec d'une saisie immobilière encourue en raison de ses difficultés : publier une déclaration d'insaisissabilité, laisser naître une dette professionnelle postérieure et déposer une déclaration de cessation des paiements : au terme de la jurisprudence actuelle, le liquidateur ne pourra vendre puisque la collectivité des créanciers comprend une dette (« artificielle » ou pas) à laquelle la déclaration est opposable.

⁵² Nouveau 12° du 1 de l'article L. 632-1.

⁵³ Nouvel article L. 632-1 II.

⁵⁴ V. notamment Civ. 2^e, 6 juin 2013, n° 12-18.481.

2. Le sort de l'immeuble déclaré insaisissable et le cas échéant de son prix : les questions non réglées

Tout n'est pas réglé par la simple affirmation que le liquidateur ne peut réaliser l'immeuble insaisissable, et un sérieux vide juridique laisse le praticien démuni pour traiter le sort de l'immeuble.

Le dispositif date de la loi du 1^{er} août 2003 pour la résidence principale du débiteur, et a été étendu par la loi du 4 août 2008 aux immeubles non professionnels⁵⁵ du débiteur, et après 10 ans d'application, tout ce qu'on sait c'est que le liquidateur ne va pas pouvoir vendre.

Les questions subséquentes ne sont pas réglées par la Cour de cassation : si le liquidateur ne peut pas vendre, les créanciers auxquels la déclaration est inopposable le peuvent-ils ? Si oui quand ?

3. La solution de la saisie par les créanciers auxquels la déclaration est inopposable

a. Présentation de la solution proposée : la saisie par les créanciers auxquels la déclaration est inopposable.

« L'échappatoire » la plus couramment proposée par certains auteurs, consiste à soutenir que les créanciers auxquels la déclaration est inopposable pourraient saisir le bien, malgré la suspension des poursuites, à laquelle il serait fait exception.

L'un des principes juridiques fondateurs est que tout droit a nécessairement un titulaire susceptible de l'exercer.

Il faut donc bien que quelqu'un soit titulaire du droit de réaliser l'immeuble et, par principe des vases communicants, les créanciers auxquels la déclaration est inopposable doivent retrouver — ou plutôt conserver — les prérogatives qui ne sont pas reportées sur le liquidateur.

Cette solution se heurte à plusieurs objections, qui nous semblent être rédhibitoires.

b. Les objections à la solution de la saisie par les créanciers auxquels la déclaration est inopposable.

- Première objection juridique : La suspension du droit de poursuites ne comporte pas d'exception durant la procédure collective.

La procédure collective emporte suspension des poursuites⁵⁶ et tous les créanciers doivent respecter la discipline collective : « le jugement interdit toute procédure d'exécution de la part des créanciers ».

Tant que dure la procédure collective, les créanciers n'ont donc pas droit d'action et on ne voit pas le fondement de l'exception imaginée pour la circonstance.

⁵⁵ Art. L. 526-1 s. C. com.

⁵⁶ Art. L. 622-21 C. com.

Le texte est d'ordre public et n'emporte pas de dérogation (sauf pour le créancier inscrit qui veut entreprendre une saisie lorsque le liquidateur ne l'a pas lui-même entreprise dans les 3 mois⁵⁷, mais dans ce cas le créancier n'a pas plus de droit que le liquidateur et, en l'espèce, ne pourra pas vendre sur ce fondement).

D'ailleurs la suspension des poursuites est le complément nécessaire de l'interdiction de paiement des créances antérieures par tout autre que le liquidateur dans le cadre « égalitaire » des répartitions : on en serait loin si les créanciers pouvaient premièrement poursuivre et deuxièmement se payer sur le prix : de violation en violation des règles de la procédure collective les créanciers reclus sous l'égide du liquidateur se sentiraient bien mal traités.

- Seconde objection juridique : Même la clôture de la liquidation judiciaire ne fait pas, par principe, recouvrer aux créanciers leurs droits de poursuites.

C'est souvent oublié, la clôture de la procédure ne fait pas, par principe, recouvrer aux créanciers leurs droits de poursuites⁵⁸.

Ce texte emporte quelques dérogations expresses dont on peut penser qu'elles sont énumérées limitativement et parmi lesquelles le droit de saisir l'immeuble ne figure pas.

Mieux, l'ordonnance 2014-326 du 12 mars 2014 a pris soin de modifier l'article L643-11 pour aménager la reprise des poursuites des créanciers sur les successions recueillies par le débiteur pendant la liquidation, que le nouvel article L641-9 écarte de l'emprise de la liquidation : le texte n'en fait rien pour l'immeuble insaisissable.

Ainsi, à supposer même que la procédure de liquidation puisse être clôturée alors qu'un bien — l'immeuble insaisissable — subsiste, ce qui constituerait une infraction à l'article L. 643-9 du Code de commerce, même modifié par l'ordonnance du 12 mars 2014, puisque la clôture ne peut être prononcée en présence d'un bien de valeur significative encore subsistant, la question ne serait donc pas pour autant résolue pour ouvrir, après la clôture, la voie à la reprise des poursuites des créanciers.

Évidemment on peut penser que les liquidateurs pourraient sentir une pression renforcée pour solliciter à tout va des faillites personnelles, puisque c'est l'une des conditions de la reprise des poursuites des créanciers post-clôture : mais là encore il faut bien admettre qu'il n'est pas sain de détourner un texte pour en contourner un autre et en pratique ce moyen n'est pas invoqué.

⁵⁷ Art. L. 643-2 C. com.

⁵⁸ Art. L. 643-11-1 C. com.

- Troisième objection juridique : *L'argument suivant lequel l'immeuble insaisissable échappe au dessaisissement n'est pas certain et est inopérant.*

Les partisans de la solution de la saisie de l'immeuble par les créanciers soutiennent que les biens insaisissables doivent échapper à la suspension des poursuites au motif qu'ils échappent au dessaisissement.

Il est donc, selon eux, logique que ces biens ne soient pas vendus par le liquidateur... pour l'être par les créanciers auxquels la déclaration est inopposable.

Cet argument d'absence de dessaisissement est avancé comme la démonstration de ce que ces biens ne sont pas sous l'emprise de la procédure collective, dont ils ne subissent pas les contraintes juridiques. Il serait inutile de chercher une exception à la suspension des poursuites des créanciers : le bien n'entre pas du tout « dans le moule » de la liquidation judiciaire.

En tant que praticien, c'est-à-dire que professionnel qui recherche l'application du droit positif et veille à prendre position au regard de sa responsabilité potentielle, on peut être séduit par ce raisonnement, mais trouver l'affirmation peu sécurisante dès lors qu'elle n'est confortée ni par une exception ou une distinction légale, ni par la jurisprudence.

En effet, associer à l'insaisissabilité l'absence de dessaisissement procède d'une logique implacable pour les biens insaisissables *à l'égard de tous*.

La part non saisissable du salaire du débiteur, ses affaires personnelles, ses meubles insaisissables, ses créances alimentaires... échappent à la procédure collective, et *ne peuvent être saisis par quiconque*. Le liquidateur n'a pas d'action ni de responsabilité sur ces biens.

Il en va de même sur les éventuels subsides accordés par le juge-commissaire, qui, par l'effet de l'ordonnance qu'il rend, sortent de l'emprise de la procédure collective.

Transposer le raisonnement à un immeuble saisissable par certains créanciers semble hasardeux ou à tout le moins hâtif.

C'est d'ailleurs, une fois encore, ajouter au texte puisque l'article L. 641-9 du Code de commerce ne comporte par cette exception au dessaisissement. La Cour de cassation dans son arrêt du 28 juin 2011⁵⁹ a certes admis que nonobstant le dessaisissement le débiteur puisse opposer la déclaration d'insaisissabilité devant le juge commissaire, mais elle n'a pas ajouté à cette déjà curieuse affirmation que l'immeuble échappait « lui aussi » au dessaisissement.

⁵⁹ Com. n° 10-15.482.

Ainsi, rien ne dit que l'immeuble échappe au dessaisissement, et peut-on affirmer que le liquidateur :

- ne perçoit pas les éventuels loyers de l'immeuble ;
- n'en assume pas la responsabilité et les risques, par exemple en cas d'incendie ou d'autre incident.

Imaginons que le liquidateur n'assure pas l'immeuble et qu'il soit détruit :

- engage-t-il sa responsabilité vis-à-vis des créanciers auxquels la déclaration est inopposable ? ;
- s'il prend l'initiative de payer une assurance sur les fonds de la liquidation, les créanciers auxquels la déclaration est opposable le lui reprocheront-ils valablement ?

À l'inverse, le débiteur peut-il, nonobstant le dessaisissement, prendre des initiatives sur l'immeuble, signer des baux, payer — on ne sait avec quels fonds — une assurance ou les impôts fonciers...

Peut-on même être certain, puisque le liquidateur ne le peut pas, que le débiteur pourrait vendre amiablement l'immeuble, au prix qu'il veut, sans contrôle du juge-commissaire (dont la Cour de cassation nous dit qu'il commettrait un excès de pouvoir s'il ordonnait la vente à la requête du liquidateur) ?

On le sait, la jurisprudence tend majoritairement à considérer que les actes accomplis en violation du dessaisissement sont simplement inopposables à la procédure collective, seul le liquidateur, au bénéfice duquel le dessaisissement est instauré, pouvant s'en prévaloir⁶⁰.

Ainsi en l'espèce la combinaison de la solution actuelle d'inopposabilité, avec la jurisprudence sur le défaut de qualité du liquidateur à réaliser l'immeuble, reviendrait à priver celui-ci de la possibilité d'invoquer l'inopposabilité de la vente accomplie par le débiteur, qui, de fait, serait à l'abri de toute critique.

Cette opération serait la négation du droit de la procédure collective.

En outre, il n'est pas certain que la jurisprudence ne soit pas sur le point d'évoluer, assez logiquement nous semble-t-il, en faveur d'une nullité des actes accomplis en violation du dessaisissement⁶¹.

En tout état, s'affranchir de la suspension des poursuites au prétexte de l'absence de dessaisissement, d'ailleurs non établie, semble fortement discutable.

⁶⁰ Par ex. Com. 22 janv. 2013, n° 11-18.904 ; Com. 16 oct. 2012, n° 10-25.387 ; Com. 14 déc. 2010, n° 10-10.774.

⁶¹ V. par ex. Com. 13 nov. 2013, n° 12-28.572.

Et ce n'est pas l'ordonnance 2014-736 du 12 mars 2014, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2014 pour les procédures ouvertes à compter de cette date, qui amène de l'eau au moulin de cette singulière théorie : l'article L641-9 du code de commerce est en effet modifié pour sortir les successions reçues par le débiteur durant la liquidation de l'emprise de la procédure collective (IV de l'article L641-9).

Le texte précise expressément, ce qui ne fait pas pour l'immeuble insaisissable, que la succession échappe au dessaisissement.

Mais même avec cette précision expresse il n'est pas certain que les créanciers puissent saisir les biens correspondants durant la liquidation. Au contraire même, mais certains prétendent que c'est par inadvertance, l'article L643-11 a été modifié pour ouvrir, après la clôture de la liquidation, la reprise des poursuites à tous les créanciers « *pour les actions portant sur des biens acquis au titre d'une succession ouverte pendant la procédure de liquidation judiciaire* ». Autrement dit, les créanciers devront attendre la clôture pour reprendre les poursuites sur ces biens.

Cette singulière disposition, par laquelle le législateur reprend au débiteur après la clôture ce qu'il lui a concédé pendant la procédure, montre à elle seule que l'absence de dessaisissement n'a pas pour corolaire l'exception à la suspension des poursuites pendant la procédure.

On sent bien les faiblesses du raisonnement, ses limites et les incertitudes juridiques et on est à jeun de trouver l'évocation de ces questions dans les affirmations des partisans de la sortie du bien de l'emprise de la liquidation.

- Quatrième objection juridique : *L'argument suivant lequel l'immeuble insaisissable échappe à la procédure collective ne se vérifie pas.*

On l'a déjà dit plus haut, faute de distinction légale, la saisie en cours au jour du jugement, de l'immeuble déclaré insaisissable, effectuée par un créancier auquel la déclaration est inopposable, sera interrompue comme les autres saisies par l'effet du jugement.

À elle seule cette constatation met à mal le fondement de l'argumentation suivant laquelle l'immeuble ne subit pas l'influence de la procédure collective.

La prétention inverse consisterait, une fois encore, en une entorse majeure au droit des procédures collectives, qui, de loin en loin, serait totalement vidée de sa substance.

En outre, au-delà de ces nombreux arguments juridiques, les inconvénients pratiques sont, eux aussi, importants.

- Objections pratiques : *Permettre la saisie de l'immeuble à la discrétion de certains créanciers conduit à un traitement très*

inéquitable de l'ensemble des créanciers et un traitement du débiteur très exposé aux critiques.

En fait, la solution de la saisie — possible — par les créanciers conduit à « éclater » en deux le patrimoine du débiteur :

- d'un côté le patrimoine objet de la liquidation ;
- d'un autre un pseudo-patrimoine constitué de l'immeuble et des créanciers qui « vont avec », c'est-à-dire ceux auxquels la déclaration est inopposable. Ils pourraient, nous dit-on, saisir l'immeuble, se payer et restituer le solde éventuel au débiteur.

Nous allons voir que ce serait la porte ouverte à tous les « arrangements ».

On ne sait d'ailleurs pas selon quelle procédure l'immeuble devrait être vendu, mais a priori c'est la procédure de droit commun (pourtant interrompue, finalement fort mal à propos, par le jugement d'ouverture !!), car la logique doit être poussée au bout et on voit mal sur quel fondement le juge-commissaire pourrait alors statuer — et d'ailleurs la Cour de cassation y voit un excès de pouvoir, certes quand il s'agit d'autoriser le liquidateur.

On ne sait pas plus si avant de pouvoir saisir l'immeuble les créanciers devraient déclarer leurs créances au passif de la liquidation ou pas : l'histoire ne le dit pas, mais ça ne devrait pas être nécessaire puisque la créance non déclarée est inopposable à la liquidation⁶², ce qui est ici sans importance.

Là encore on est en dehors de toutes les règles du droit des procédures collectives : pour être payé il n'est pas utile d'avoir déclaré créance... le monde à l'envers.

Bref on est en train de créer un véritable « patrimoine *bis* », un peu né de toutes pièces, qui échappe à toutes les règles de la liquidation judiciaire, et à tout contrôle du juge-commissaire et du liquidateur.

On en arrivera en fin de procédure à la clôture de liquidation judiciaire alors qu'un bien subsiste, vendu ou pas au bon vouloir des créanciers, ce qui ne peut que heurter.

Ce « patrimoine bis » ne correspond même pas à la réalité, qu'elle soit pratique, ce qui est une chose, mais plus encore juridique, et c'est sans doute d'ailleurs une lacune supplémentaire, et à mon sens rédhibitoire, du raisonnement.

Car ceux qui soutiennent que l'immeuble « sort » de la procédure collective négligent le fait qu'un patrimoine est certes composé d'un actif... mais aussi d'un passif.

⁶² Art. L. 622-26 C. com.

Or ici personne ne viendrait interdire — et on voit mal sur quel principe — au créancier auquel la déclaration d'insaisissabilité est inopposable, de déclarer « quand même » sa créance au passif de la liquidation.

En réalité, par une précaution qu'on peut comprendre, ces créanciers déclarent créance à la liquidation, et se plient tous à la discipline collective.

C'est une des sources majeures d'incohérence : le créancier auquel la déclaration est inopposable est créancier sur l'ensemble du patrimoine du débiteur.

En fait, un peu comme un créancier qui a deux codébiteurs, le créancier auquel la déclaration est inopposable « mange à tous les râteliers », il fait valoir sa créance dans les deux « parties » du patrimoine du débiteur.

On y voit un effet très pervers : laisser les créanciers décider de saisir ou pas l'immeuble, sans contrôle du juge-commissaire.

Imaginons une liquidation judiciaire qui dispose d'un actif mobilier conséquent. Les créanciers seront payés dans de bonnes conditions, en ce compris ceux auxquels la déclaration d'insaisissabilité est inopposable.

S'ils saisissent d'emblée l'immeuble, le prix de l'immeuble a des chances d'être « consommé » par le paiement de leurs créances, et le solde éventuel à restituer au débiteur (à supposer qu'il le soit, ce que je crois car il faut être logique jusqu'au bout) sera modeste.

Dans ce cas, si le prix de l'immeuble est insuffisant pour solder ces créanciers, ils recevront du liquidateur, dans la limite de leur créance, une répartition sur les autres actifs.

Si au contraire les mêmes créanciers, auxquels la déclaration est inopposable, « temporisent » pour saisir l'immeuble, et sont d'abord payés par le liquidateur sur les autres actifs, par hypothèse de dividendes plus importants que dans la première solution, mathématiquement le solde du prix de l'immeuble, à reverser au débiteur sera majoré et symétriquement les « autres » créanciers seront pénalisés.

On peut même imaginer que les créanciers qui auraient pu saisir l'immeuble participent à la liquidation, au détriment des autres créanciers et finalement ne vendent pas l'immeuble.

On comprend donc que :

– le traitement du débiteur va dépendre du moment de la vente, décidé au bon vouloir des créanciers auxquels la déclaration est inopposable, avec ou sans connivence avec le débiteur ;

– les autres créanciers de la liquidation judiciaire subiront ou pas le concours de ces créanciers sur l'immeuble, auxquels la déclaration est inopposable, d'une manière qui peut être injuste.

Tous ces errements, qui échappent au liquidateur et au juge-commissaire, mettent gravement en échec les règles de la procédure collective et présentent des inconvénients pratiques qui sont la négation des principes d'équité entre les créanciers et d'un traitement « sous surveillance » du débiteur.

4. La solution extrémiste : l'impossibilité de saisie de l'immeuble par les créanciers : personne ne peut vendre l'immeuble

Au terme de la position extrémiste, en conséquence de la mauvaise coordination des textes, personne ne peut vendre l'immeuble déclaré insaisissable, ni pendant la procédure collective (suspension des poursuites) ni après sa clôture (absence de reprise des poursuites) : l'immeuble n'est plus le gage des créanciers dès lors que la déclaration est opposable à certains d'entre eux.

C'est la conséquence de la confrontation brutale avec le droit des procédures collective et de sa suprématie.

La solution n'est évidemment pas satisfaisante intellectuellement, et confère à l'immeuble une protection démesurée par rapport aux intentions du législateur, mais elle a l'avantage d'appeler expressément une modification des textes, voulue par tous.

Malheureusement l'ordonnance du 12 mars 2014 ne s'est pas emparée de ces questions, et c'est une occasion perdue de les résoudre.

5. La solution pratiquée par les banques : du maintien de l'échéancier en violation de la déchéance du terme

La position des banques semble être moins portée dans la finesse de l'analyse juridique, mais présente l'avantage de l'efficacité.

En effet, en pratique, les banques qui ont financé l'acquisition de l'immeuble, qui sont donc les principaux créanciers auxquels la déclaration est potentiellement inopposable, préfèrent ignorer tous ces débats, et ne pas tenter de campagne massive de saisie.

Elles jouent la carte de faire discrètement mais fermement pression sur les co-emprunteurs, les cautions — et le débiteur lui-même, on ne sait sur quels fonds — pour obtenir le respect de l'échéancier.

Rappelons ici que la liquidation emporte déchéance du terme, ce que les banques feignent d'ignorer.

Une telle solution satisfait le banquier, qui est payé malgré la procédure collective et en violation de la déchéance du terme, et le débiteur qui conserve l'immeuble au nez et à la barbe de ses autres créanciers.

La pratique permet parfois de constater que l'entrepreneur individuel a un passif dont le montant correspond sensiblement, en montant et en période, à la construction de l'immeuble ou en tout cas à la partie autofinancée par le débiteur : bref ce sont les créanciers qui ont financé l'immeuble. Pour autant l'immeuble ne sera pas vendu à leur profit.

6. Réflexion pour une solution d'aménagement du texte respectant le droit de la liquidation : la vente par le liquidateur, dans l'intérêt de la collectivité des créanciers, et la répartition du prix aux créanciers auxquels la déclaration est inopposable après une vérification des créances spécifiques

Chacun tente de contourner d'une manière ou d'une autre le « blockhaus » dans lequel la très mauvaise coordination des textes protège l'immeuble.

Avant de préparer cette intervention, j'étais assez partisan de la position extrémiste, c'est-à-dire du fait que personne ne puisse saisir l'immeuble.

J'ai toujours soutenu que le liquidateur ne pouvait pas vendre ce qui n'était pas la solution la mieux venue dans ma profession.

Je n'ai pas véritablement changé d'avis, et autant pousser au bout la logique du raisonnement.

Mais, comme tous les praticiens, je considère que la situation est inextricable et qu'il faut bien en sortir.

Très modestement, évidemment, je continue à peiner pour trouver un fondement juridique à une exception à la suspension des poursuites pour le créancier auquel la déclaration est inopposable. Cela a été dit plus haut.

Au-delà de l'aspect juridique, en pratique, laisser les initiatives de la saisie aux créanciers conduit à une véritable « usine à gaz » qui heurte profondément les principes de la procédure collective et dont les inconvénients n'ont pas tous été mesurés. Cela a également été dit.

Alors en poussant le raisonnement à bout il semble que la solution à rechercher consiste forcément à poser des règles de vente par le liquidateur, ce qui passera inévitablement par un aménagement législatif.

L'idée de base de cette évolution serait que le liquidateur agit dans l'intérêt de la collectivité des créanciers dès lors que celle-ci y trouve directement — ce n'est pas

nouveau — mais aussi indirectement — et ça serait non pas l'amélioration mais la consécration de la pratique — un profit.

Après tout un liquidateur, qui vend un immeuble hypothéqué, agit avant tout dans l'intérêt du créancier hypothécaire qu'il va payer. Indirectement il agit dans l'intérêt de tous les créanciers puisque le passif diminue et que cela augmente leurs chances d'être payés sur les autres actifs.

En quoi la vente de l'immeuble déclaré insaisissable est-elle différente dans ses effets ? Si le liquidateur vend et paye les créanciers auxquels la déclaration est inopposable, fait-il quelque chose de très différent ? Il va payer les créanciers qui viennent en rang utile sur le bien, le « rang » (ce n'est pas le mot juste) étant déterminé par application de la déclaration d'inopposabilité.

L'éventuel solde du prix pourrait alors poser problème, et je pense que la logique du dispositif est qu'il soit versé au débiteur.

En procédant ainsi on cantonnerait bien la déclaration d'insaisissabilité dans ses limites prévues par la loi et on ménage le droit de la liquidation judiciaire.

Le problème ne vient donc pas tellement de la notion de collectivité des créanciers, il vient plutôt du fait que la déclaration d'insaisissabilité n'a pas été conçue pour être inefficace au moment où le débiteur en a le plus besoin.

Je rejoins une fois encore mon ami Philippe Pétel et ses réticences à voir le liquidateur procéder à une vente injuste, et à la mise à néant de l'insaisissabilité pour une créance insignifiante par rapport à la valeur de l'immeuble.

On sent bien finalement à l'inverse qu'il n'est pas forcément utile de s'offusquer que l'immeuble soit vendu par le liquidateur s'il l'aurait de toute façon été par les créanciers

J'en viens donc à imaginer que :

– le liquidateur puisse procéder à la ventilation entre les créances auxquelles la déclaration est opposable et les autres, au contradictoire de l'ensemble des créanciers : évidemment il faudrait organiser un contrôle du juge-commissaire, de la même manière que s'opère celui de la vérification des créances, et là encore les dispositions légales devraient évoluer ;

– la décision de vente de l'immeuble, sous contrôle du juge-commissaire, repose sur la notion d'intérêt à agir au sens de l'article 31 du Code de procédure civile qui sera apprécié en fonction du rapport entre la valeur de l'immeuble et le passif

correspondant aux créanciers auxquels la déclaration est inopposable : là encore le texte devrait évoluer.

Bref il faudrait reprendre l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 3 janvier 2009 qui avait été cassé par la Cour de cassation le 28 juin 2011 et, à partir de sa solution, bâtir un texte équilibré et compatible avec le droit commun et surtout les impératifs de la procédure collective.

A priori ce texte devrait :

- préciser la notion d'intérêt de la collectivité des créanciers, pour y rattacher expressément les circonstances dans lesquelles certains créanciers trouvent directement un avantage qui par cascade bénéficie aux autres ;

- inclure dans la déclaration de créance les prétentions des créanciers sur le bien insaisissable, avec les justificatifs correspondants ;

- préciser la notion de fait générateur de la créance à prendre en considération pour apprécier sereinement son antériorité par rapport à la déclaration ;

- et surtout organiser une procédure de vérification du caractère opposable ou pas de la déclaration d'insaisissabilité, qui pourrait être une étape de la vérification des créances, avec même procédure et mêmes recours ;

- le cas échéant, protéger par la nullité les actes effectués nonobstant le dessaisissement (l'inopposabilité peut suffire mais n'est pas véritablement satisfaisante au regard des règles du dessaisissement et du traitement du défaut de capacité en procédure civile et des règles de validité des contrats).

Je vais m'arrêter car les spécialistes y verront sans doute une usine à gaz pour en remplacer une autre.

Ce ne sont que de modestes idées de liquidateur.

Mais ce sur quoi tout le monde est en tout état d'accord est que la sortie de l'impasse passera certainement dans une modification du texte qui rendra en considération tous les aspects de la question.

Le fait est, pour y revenir et conclure sur cette partie, qu'à tort ou à raison, en l'état de la jurisprudence de la Cour de cassation, la saisie immobilière initiée dans le cadre de la liquidation judiciaire ne portera pas sur l'immeuble insaisissable... et qu'on n'en sait pas beaucoup plus sur le devenir de l'immeuble.

L'ordonnance du 12 mars 2014 n'a malheureusement pas modifié cette situation, mise à part la modification de l'article L. 632-1 qui permet de rechercher la nullité de la déclaration d'insaisissabilité en période suspecte et dans les six mois qui la précèdent.

Au-delà de la modeste avancée, destinée à contrer la jurisprudence de la Cour de cassation qui était en sens inverse, on trouvera dans cette modification une autre contradiction avec la jurisprudence : en sollicitant la nullité, le liquidateur agit nécessairement dans l'intérêt non pas de la collectivité des créanciers mais des seuls créanciers auxquels la déclaration était opposable.

Peut-on y voir une ouverture pour que dès lors le liquidateur puisse vendre nonobstant la déclaration ? Ce n'est pas certain, mais il faudra quand même que la jurisprudence trouve un autre fondement que l'intérêt de la collectivité des créanciers dans son entier, malmenée par la modification régissant les nullités !

7. L'occasion manquée de la loi du 6 août 2015

La loi n°2015-990 du 6 Août 2015 (dite loi Macron) a apporté une importante modification au régime de l'insaisissabilité de la résidence principale, désormais de plein droit, c'est à dire sans qu'une déclaration préalable soit nécessaire.

L'article 206 de la loi du 6 août 2015 dite loi Macron modifie ainsi la rédaction de l'article L526-1 du code de commerce :

Ainsi les professionnels n'ont plus besoin de recourir à une déclaration notariée pour protéger leur résidence principale, c'est de plein droit, pour autant que leurs dettes soient professionnelles (ou en tout état l'immeuble est à l'abri des poursuites de ces créanciers).

La protection est par contre sans effet pour les dettes non professionnelles (dettes inhérentes à la vie familiale, dettes d'acquisition ou de rénovation de la résidence principale)

Evidemment dès lors que l'insaisissabilité découle maintenant de la loi, il n'est plus question d'envisager une nullité de la période suspecte, brèche ouverte (pour peu de temps donc) par l'ordonnance de 2014 dans l'indestructible déclaration notariée d'insaisissabilité.

Le texte ne règle pas les modalités d'application en cas de liquidation judiciaire, quand le passif est composé à la fois de créances postérieures et de créances antérieures à l'entrée en vigueur du texte, ni d'ailleurs, comme c'était déjà le cas du texte antérieur, si le passif est composé à la fois de dettes professionnelles et de dettes non professionnelles.

A priori si on transpose les précédentes solutions, le liquidateur ne pourra pas réaliser le bien et il n'est pas certain que les créanciers auxquels le dispositif d'insaisissabilité est inopposable pourront saisir le bien

De même la notion de « *droits sur l'immeuble* » est imprécise et on peut se demander si, dans l'esprit du texte, elle ne pourrait englober les parts d'une SCI dont serait

porteur le débiteur, et qui serait elle-même propriétaire de sa résidence principale (ce qui avait cependant été exclu dans l'ancien texte)

En tout état, les nouvelles dispositions « *n'ont d'effet qu'à l'égard des créanciers dont les droits naissent à l'occasion de l'activité professionnelle après publication de la présente loi* » (concrètement à compter du 8 Aout 2015).

Ainsi

- le texte est évidemment sans effet pour les procédures collectives ouvertes avant l'entrée en vigueur de la loi (8 aout 2015).

- pour les procédures ouvertes après le 8 aout 2015, les difficultés déjà rencontrées dans l'ancien dispositif vont se reproduire: il pourra être soutenu que le liquidateur ne pourra rechercher la vente de l'immeuble que si l'ensemble des créanciers pour lesquels il exerce sa mission est composé de créances antérieures au 8 aout 2015. Dans l'hypothèse inverse (passif composé à la fois de dettes antérieures et de dettes postérieures , ou passif composé à la fois de dettes postérieures professionnelles et non professionnelles) la qualité pour agir du liquidateur pourra être contestée, ce qui pour autant, suivant les interprétations, peut être in fine sans réel effet de protection pour l'immeuble.

Conclusion

Voilà quelques indications sur les particularités de la saisie immobilière en procédure collective.

On peut retenir que la procédure de la saisie est largement dérogatoire pour prendre en considération le droit des procédures collectives, alors que l'emprise de la saisie est plus conforme au droit commun.

Enfin on ne peut qu'appeler le législateur à harmoniser les textes relatifs à la déclaration d'insaisissabilité et le droit des procédures collectives, pour résoudre les défauts de conciliation de ces deux corps de textes, ce qui passera sans doute par une suprématie mesurée du droit de la liquidation judiciaire.

À cette occasion le législateur pourrait utilement préciser que le recours contre l'ordonnance du juge-commissaire qui ordonne la saisie de l'immeuble suspend le calendrier contraignant de la saisie, la publication de la décision de confirmation de cette ordonnance mettant fin à cette suspension.