



**Association des Avocats et Praticiens
des Procédures d'Exécution**

Ordre des Avocats – Palais de Justice – 06130 GRASSE

LA REALISATION DES SURETES IMMOBILIERES

COLLOQUE DU VENDREDI 23 MAI 2008

**Maison de l'Amérique Latine
217 Bd Saint Germain – 75007 PARIS**

LA REALISATION DES SURETES IMMOBILIERES

PRESENTATION DE LA JOURNEE ET DU THEME

P 1

Par le Président de l'AAPPE, Alain PROVANSAL,
Avocat au Barreau de MARSEILLE

LES NOUVEAUX MODES DE REALISATION

ATTRIBUTION JUDICIAIRE DU GAGE, PACTE COMMISSOIRE ET FIDUCIE

Le point de vue du banquier

P 5

Alain GOURIO

Responsable de la Coordination Juridique du Groupe BNP PARIBAS
Membre de la Commission de réforme des sûretés

Le point de vue de l'avocat

P 9

Jean-Michel HOCQUARD

Membre du Bureau du Conseil National des Barreaux – Avocat au Barreau de PARIS

LA SAISIE IMMOBILIERE

L'audience d'orientation

P 17

Vincent RIEU

Vice Président de l'AAPPE - Avocat au Barreau de MONTPELLIER

La vente amiable (ou la valse à trois temps)

P 27

Frédéric KIEFFER

Vice Président de l'AAPPE - Avocat au Barreau de GRASSE

La distribution du prix

P 37

Gilles-Antoine SILLARD

Trésorier adjoint de l'AAPPE – Avocat au Barreau de VERSAILLES

LES SURETES ET LES PROCEDURES COLLECTIVES

Les nouveaux modes de réalisation face à la loi de sauvegarde

P 43

Patrick CANET

Professeur à l'Université de CERGY PONTOISE

La réalisation forcée de l'immeuble dans la loi de sauvegarde

P 53

Alain PROVANSAL

Président de l'AAPPE – Avocat au Barreau de MARSEILLE

RAPPORT DE SYNTHESE

P 65

Claude BRENNER

Professeur à l'Université de PARIS II

*L'intervention de Madame Annie BALAND,
Président de la 8^{ème} Chambre de la Cour d'Appel de PARIS,*

ayant pour thème « LE JUGEMENT D'ORIENTATION »

*est disponible dans la partie privée du site,
accessible uniquement aux membres de l'AAPPE munis de leur
code d'accès.*

*Si vous rencontrez des difficultés avec votre code d'accès,
vous pouvez contacter Véronique JEANDÉ,
Tél : 01-34-74-38-95 – jeande.veronique@orange.fr*

PRESENTATION

DE LA JOURNEE ET DU THEME

Alain PROVANSAL
Président de l'AAPPE
Avocat au Barreau de MARSEILLE

Mesdames, Messieurs, Chers Confrères,

L'Association des Avocats et Praticiens des Procédures d'Exécution dite "AAPPE" que j'ai l'honneur de présider est heureuse de vous accueillir à la Maison de l'Amérique Latine, lieu d'échanges et de culture entre deux continents, pour ce colloque sur "*La réalisation des sûretés immobilières*" qui sera je l'espère le lieu de l'échange de la culture juridique entre le continent justiciable et le continent justice.

Certains ayant perdu leur latin depuis les réformes successives des sûretés et des modes d'exécution en cas de défaillance, notre ancien Président Emmanuel JOLY, que je félicite devant vous de cette initiative, nous a mobilisés pour organiser ce colloque afin de nous éclairer réciproquement après deux ans d'application de ces réformes.

Il lui revenait d'en être le modérateur, ce qu'il a très aimablement accepté, mais quelles que soient ses qualités il ne pouvait seul assurer les interventions.

C'est la raison pour laquelle dès que le contenu du thème qui a très vite fait l'unanimité du Conseil d'Administration a été précisé, je me suis enquis d'avoir la participation des meilleurs pour animer ce colloque.

Parce qu'il y a réforme il est toujours important de rappeler ce qui est nouveau, c'est la raison pour laquelle notre premier thème sera consacré aux nouveaux modes de réalisation des sûretés immobilières que sont l'attribution judiciaire du gage, le pacte comissoire d'une part et la fiducie d'autre part.

Monsieur Alain GOURIO, responsable de la coordination juridique du groupe BNP-PARIBAS, membre de la Commission de réforme des sûretés, nous donnera quelques pistes de réflexion sur la "fiducie".

Sa connaissance parfaite du monde bancaire, du droit français, du droit européen et du mécanisme de la fiducie le destinait à cet exercice.

Un ami de trente ans, probablement pas, de vingt ans et même au-delà sûrement : c'est le cas de Jean-Michel HOCQUARD qui a accepté de laisser de côté ses multiples activités, soit au Bureau du Conseil National des Barreaux, soit dans les organismes sociaux de la profession, pour, en tant que spécialiste ayant animé toutes les Commissions que le Conseil National des Barreaux a consacré aux réformes dont nous allons parler, traitera de "*l'attribution judiciaire du gage et du pacte comissoire*".

Mais dans l'ancien il y a également du neuf et "*la saisie immobilière*" sera successivement traitée par Monsieur Vincent RIEU, Vice-Président de l'AAPPE, avocat au Barreau de Montpellier, dont la valeur n'a pas attendu le nombre des années, et avec un regard peut-être différent mais certainement instructif Madame Annie BALAND, Président de la 8^{ème} Chambre de la Cour d'Appel de Paris qui donnera la perception du juge d'appel sur le jugement d'orientation.

Après notre buffet qui est sur place, Frédéric KIEFFER, notre autre Vice-Président de l'AAPPE, avocat au Barreau de Grasse, s'attaquera à l'innovation essentielle mais enfin judiciaire et encadrée de "*la vente amiable dans la saisie immobilière*", et parce qu'il est incontournable, parce qu'il a énormément travaillé à plusieurs niveaux sur cette réforme Gilles Antoine SILLARD, avocat au Barreau de Versailles, nous donnera son point de vue sur les difficultés de l'application de la réforme de la distribution des prix.

Il n'est pas innocent en ces moments où le rôle judiciaire de l'avocat peut être considéré comme étant pour le moins légèrement menacé, de noter que nos deux Vice-Présidents Vincent RIEU et Frédéric KIEFFER sont des avocats du juridique qui sous les soleils conjugués de Montpellier et de Grasse ont mal tourné et sont devenus aussi, vous le verrez, de très bons spécialistes du judiciaire.

Tout cela est parfait et tout va pour le mieux dans le monde des sûretés jusqu'au moment où le débiteur se trouve confronté à des difficultés telles qu'il va être soumis volontairement ou non à une procédure collective.

Il fallait donc confronter les nouveaux modes de réalisation à la Loi de sauvegarde qui avait un an d'avance sur les réformes précitées et Monsieur le Professeur CANET, Professeur à l'Université de Cergy Pontoise mais aussi mandataire judiciaire, démontrera qu'un universitaire praticien est un intervenant idéal pour ce genre de thème.

C'est la raison pour laquelle nous avons demandé, et je le remercie comme je remercie tous les intervenants d'avoir accepté, à Monsieur Claude BRENNER, Professeur à l'Université de Paris II et qui enseigne notamment les voies d'exécution mais pas seulement, d'être le grand témoin de la journée, ce qui lui permettra d'intervenir quand bon lui semblera pour donner sa position sur telle ou telle question et surtout pour nous faire la synthèse de cette journée, ce qui n'est pas une mince affaire, ce pourquoi je l'ai personnellement sollicité.

Auparavant, car toute journée ne peut pas être lisse, vous aurez subi votre serviteur Président de l'AAPPE dans le parcours tortueux de la réalisation forcée de l'immeuble dans la loi de sauvegarde.

Vous êtes nos hôtes et je ne retiendrai dans l'étymologie de ce mot que le verbe "hostire" : "mettre à égalité" et bien que nous soyons ici d'univers professionnels différents je ne retiendrai pas le substantif "hostis" qui veut dire l'étranger.

Nous sommes dans une maison que le Général de Gaulle a voulu en 1946 créer pour resserrer les liens de l'Amérique Latine et de l'Europe et nous sommes vos hôtes au sens de "hospes" : celui qui reçoit.

Celui qui est reçu et celui qui reçoit devant être à égalité, le Conseil d'Administration de l'AAPPE a souhaité que les temps d'intervention soient des temps forts de signalisation des difficultés de nos réformes dans leur application mais aussi qu'il y ait une égalité de temps de parole des participants pour que l'enrichissement de tous provienne des débats.

C'est la raison pour laquelle et parce qu'aussi notre assemblée générale de l'AAPPE doit suivre et que la Maison de l'Amérique Latine bien qu'ouverte au monde ferme en fin de journée que nous tâcherons d'éviter, sauf force majeure, les pauses, à part celle du déjeuner bien sûr. C'est la raison pour laquelle les débats seront enregistrés et nous étudierons un cahier spécial de cette journée ...

Permettez-moi pour terminer au nom de toute l'AAPPE de vous remercier chaleureusement vous qui avez répondu présents, vous qui malgré les difficultés vous êtes déplacés, de nous excuser auprès de ceux qui n'ont pu participer faute de place, mais cela permet peut-être d'envisager un nouveau colloque sinon dans quelques mois tout au moins l'année prochaine, d'abord parce qu'il y aura beaucoup plus d'arrêts d'appel qui auront fixé un certain nombre de jurisprudences mais aussi peut-être parce qu'il y aura eu au moins un avis de la Cour de Cassation.

Mes remerciements vont tout particulièrement à ceux qui ont accepté de venir non seulement assister à nos travaux mais aussi intervenir je l'espère et tout spécialement Madame BIGNALET de la Direction des Affaires Civiles et du Sceau du Ministère de la Justice, mais aussi les représentants de nos professions sœurs et de notre profession et tout spécialement, et si vous avez quelque chose à lui dire sachez qu'elle est là, Madame SARBOURG, Magistrat chargé de la formation continue des Juges de l'Exécution de l'Ecole Nationale de la Magistrature.

Eugène IONESCO disait : "*Les paroles seules comptent, le reste est bavardage*".

Je laisse donc la parole aux intervenants et vous souhaite à tous une fructueuse journée.

LES NOUVEAUX MODES DE REALISATION (ATTRIBUTION JUDICIAIRE DU GAGE, PACTE COMMISSOIRE ET FIDUCIE)

LE POINT DE VUE DU BANQUIER

Alain GOURIO

Responsable de la Coordination Juridique du Groupe BNP PARIBAS
Membre de la Commission de réforme des sûretés

Deux textes récents viennent d'enlever à la saisie immobilière son monopole de la réalisation forcée d'un bien immobilier.

Il s'agit en premier lieu de l'ordonnance du 23 mars 2006 réformant le droit des sûretés (loi d'habilitation du 26 juillet 2005 et loi de ratification du 20 février 2007).

Le texte étend l'attribution judiciaire à la quasi-totalité des sûretés (nantissement, hypothèque, privilège immobilier, antichrèse), alors qu'elle n'était reconnue antérieurement que pour le gage.

Dans une moindre mesure le pacte comissoire fait également l'objet d'une extension de son champ d'application (hypothèque conventionnelle et antichrèse).

Un second texte vient ajouter un autre cas de réalisation d'attribution forcée hors saisie du bien grevé de la sûreté.

Il s'agit de la loi du 19 février 2007 introduisant la fiducie en droit français (titre XIV du Livre III du Code civil : « De la fiducie » art. 2011 à 2031).

En vue d'analyser le transfert du bien mis en fiducie au créancier impayé (II), il convient de rappeler au préalable les grands traits du mécanisme de la fiducie (I).

I. LES GRANDS TRAITS DU MECANISME DE LA FIDUCIE

[2011] : la fiducie est définie comme « l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ».

Il y a donc création d'un patrimoine d'affectation auquel seront transférés les biens mis en fiducie et à la tête duquel se trouvera le fiduciaire.

Le but de l'opération est laissé à la liberté des parties (2011 : le fiduciaire doit agir dans un « but déterminé »). La loi ne distingue donc pas les différentes finalités de la fiducie.

Les parties pourront convenir essentiellement :

- ⇒ d'une fiducie sûreté
- ⇒ d'une fiducie gestion

C'est la première fonction qui nous intéresse ici.

➡ Les parties à l'opération

- o Le constituant (débiteur) : personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés ou ayant opté pour cet impôt.
- o Le fiduciaire : établissements de crédit, entreprises d'investissement et d'assurance, Trésor public, Banque de France, La Poste, Caisse des dépôts...
- o Le bénéficiaire : aucune restriction.

➡ Le patrimoine fiduciaire (qui distingue la fiducie des autres sûretés propriétés)

Ce patrimoine est distinct de celui :

- o du constituant
- o du fiduciaire
- o du bénéficiaire

L'immeuble mis en fiducie est donc à l'abri des poursuites des créanciers personnels du constituant et de ceux du fiduciaire. Il ne pourra être saisi qu'au titre des créances nées de sa gestion ou de sa conservation. Il y a en quelque sorte sanctuarisation de l'immeuble.

- ➡ Le transfert de l'immeuble dans le patrimoine fiduciaire se fera comme habituellement par acte notarié, avec dans les deux mois la formalité fusionnée d'enregistrement et de publicité foncière (à peine de nullité).
- ➡ C'est bien le fiduciaire qui est titulaire d'un droit de propriété « fiduciaire » (temporaire et limitée au but poursuivi) sur les biens mis en fiducie.

Comment ceci se dénoue-t-il :

- o Soit la dette est payée : retour des biens dans le patrimoine du constituant.
- o Soit la dette est impayée. Cet immeuble est alors destiné à être transféré au créancier.

II. LE TRANSFERT DU BIEN MIS EN FIDUCIE AU CREANCIER IMPAYE

- Comment va être réalisé le bien au profit du créancier bénéficiaire lorsque celui-ci est impayé ?
- Rien n'est prévu par le texte, parce que celui-ci ne distingue pas fiducie sûreté et fiducie gestion.

L'article 17 ajoute le fiduciaire pour les biens ou droits composant le patrimoine fiduciaire à la liste des personnes qui ne peuvent être déclarées adjudicataires prévue par l'article 1596 du Code civil : (tuteurs, mandataires des biens qu'ils sont chargés de vendre, ...).

Disposition qui ne vise d'évidence que la fiducie gestion.

Pour le reste application de la liberté contractuelle.

- Nécessité d'organiser très précisément dans le contrat de fiducie la réalisation du bien, l'attribution du bien au créancier c'est-à-dire le passage du patrimoine fiduciaire au patrimoine de celui-ci.
 - o Attribution judiciaire ? Rien ne semble l'interdire.
 - o Attribution conventionnelle.

1) Transfert de propriété

- ➡ Manifestation de la volonté du créancier bénéficiaire de s'approprier le bien.
- ➡ Notification au constituant et au fiduciaire s'il n'est pas le créancier.

Le transfert de propriété s'opère solo consensus.

2) Evaluation du bien

- ➡ Il sera souhaitable de s'inspirer des dispositions sur le pacte comissoire (2459 et 2460).
 - Estimation par expert désigné à l'amiable ou judiciairement.
 - Si la valeur excède le montant de la dette garantie :
 - o le créancier doit au débiteur la différence,
 - o la consignation en cas d'autres créanciers inscrits sur l'immeuble devrait être exceptionnelle, ne viserait que le cas dans lequel une hypothèque a été constituée avant la mise en fiducie.

3) Application des règles générales des mutations immobilières

4) Nature juridique de l'appropriation du bien

- Si qualifié de pacte comissoire ⇒ interdiction en cas de procédure collective (L622-7 et autres) : le jugement d'ouverture fait obstacle à la conclusion et à la réalisation du pacte comissoire.
- Mais plutôt régime propre à la fiducie, sui generis.

LE POINT DE VUE DE L'AVOCAT

Jean-Michel HOCQUARD

Membre du Bureau du Conseil National des Barreaux
Avocat au Barreau de PARIS

Introduction : Une révolution ?

L'Ordonnance (article 30) a bravé l'interdit :
la prohibition du pacte comissoire.

Trois articles nous intéressent à ce titre :

- l'attribution judiciaire, article 2458
- et le pacte comissoire, article 2459
- et leur modalité d'application, article 2460

I. UNE REFORME LIMITEE : COMPETENCE, EXCLUSIONS ET ALEA

Compétence :

- Le créancier peut tout d'abord se faire attribuer judiciairement l'immeuble pour le paiement de sa créance, c'est l'article 2458 du Code Civil ; les textes sont néanmoins muets sur la modalité d'attribution judiciaire.

Il faut en effet que le créancier saisisse le tribunal pour faire constater le défaut de paiement et la mise en œuvre de la convention d'attribution.

S'agissant d'une modalité d'exécution de son titre, on aurait pu penser que le juge de l'exécution fût compétent ; cela n'est pas prévu.

C'est le jugement qui sera ultérieurement publié à la conservation des hypothèques qui vaudra transfert du droit de propriété.

Compétence : Droit commun

- De même, le législateur a mis fin à la prohibition du pacte comissoire dans le but d'offrir aux créanciers un mode de réalisation simple et rapide des sûretés. C'est l'article 2459 qui consacre cette nouvelle possibilité.

La différence entre les deux est que cependant l'article 2458 autorise l'attribution judiciaire du bien hypothéqué, même en l'absence de convention.

Le reste est identique.

Compétence : Droit commun également

Exclusions : Le pacte comissoire et l'attribution judiciaire en matière immobilière sont cependant soumis à des conditions et des aléas intrinsèques :

- Une procédure expertale :

L'immeuble doit être estimé par un expert, désigné à l'amiable ou judiciairement (article 2460).

S'agissant de procédures « au fond » le débiteur devra pouvoir bénéficier de l'ensemble de l'arsenal juridique du Code de Procédure Civile pour faire valoir ses droits, ce qui est légitime, mais n'est pas caractéristique d'une procédure facilitée.

Les opérations d'expertise risquent d'être longues et complexes et sont susceptibles d'engendrer un contentieux long et coûteux, puisque c'est bien évidemment le créancier qui en fera l'avance.

- Un coût :

- Si la valeur de l'immeuble excède le montant de la dette garantie, le créancier doit au débiteur une somme égale à la différence.
- Il devra donc déboursier d'abord pour se faire payer.
- S'il existe d'autres créanciers, hypothécaires, il doit consigner cette somme.

Pour tout cela, c'est lui qui avancera les frais (non négligeables, de l'expertise).

- Enfin, par mesure de protection le pacte comissoire et l'attribution judiciaire sont sans effet sur l'immeuble constituant la résidence principale du débiteur.

Le législateur a donc considéré que la résidence principale devait être particulièrement protégée et que les procédures innovantes qu'il a mises à la disposition des créanciers que sont l'attribution judiciaire et le pacte comissoire pouvaient être considérées quelque peu brutales.

La formule d'exclusion employée porte cependant uniquement sur la résidence principale du débiteur. Rien n'est prévu dans l'hypothèse d'un cautionnement réel et on pourrait être tenté d'en déduire que le pacte comissoire pourra être stipulé même si l'immeuble constitue la résidence de la caution.

- De la relativité de la modalité : l'article 2640 ou l'aléa des opérations d'expertise

Le recours à l'expertise est en soi une cause d'exclusion.

L'article 2640 pose deux principes, sans précision :

- un expert amiable ou judiciaire doit estimer la valeur de l'immeuble donné en garantie,
- et si la valeur excède le montant de la dette garantie, le créancier doit payer une soulte au débiteur ou consigner la somme en présence d'autres créanciers hypothécaires ?

Comment l'expert est-il choisi : dans le pacte comissoire ou lors de la réalisation du pacte ?

Par qui est-il choisi : à l'amiable par les parties au risque pour les débiteurs de subir des pressions de la part du créancier ?

ou systématiquement par voie judiciaire pour respecter le contradictoire au risque d'allonger les délais de procédure, les coûts, et de rester dans l'aléa !

Le créancier sera-t-il intéressé par supporter le coût d'une expertise judiciaire, car si les parties en sont là, il n'est pas question de demander aux débiteurs de le prendre en charge ; bref, l'expertise, dont le résultat est éminemment relatif est une charge supplémentaire (alors que dans la saisie immobilière ce n'est qu'une avance, et un tiers qui rembourse !).

II. UNE PRATIQUE CHAOTIQUE

La relativité des conclusions des expertises en matière immobilière n'est pas la seule cause éventuelle, mais certaine, de non succès de ces dispositions.

Pour le Pacte comissoire, les effets de la rédaction de la clause sur l'immeuble donné en garantie, la technique juridique s'accommode mal de dispositions notariées dont la réalisation va finalement buter sur un aléa judiciaire... la sécurité juridique n'est pas au RDV !

Pour les deux modes de réalisation qui nous sont offerts, les formalités à accomplir, forment un ensemble de questions qui ne sont peut-être pas prêtes d'être résolues et qui risquent de détourner l'attention des praticiens de ces dispositions nouvelles.

- Incertitude quant au remboursement de la (et des autres) créance

Si une soule est due, comment celle-ci est-elle garantie lors du transfert de l'immeuble ?

Quid des droits des autres créanciers hypothécaires et ceux éventuellement munis aussi d'un Pacte commissaire ?

Sur quel montant porte la consignation : la totalité de la valeur de l'immeuble afin de purger les hypothèques et de procéder à la dissolution du prix, ou la somme simplement représentant la différence entre la valeur du bien et le montant de la dette garantie ?

Droit de disposition du débiteur : le pacte commissaire restreint-il ou non le droit de disposer du débiteur ? Le bien est-il indisponible ?

Coût de l'opposabilité du pacte commissaire à l'égard du tiers acquéreur de l'immeuble hypothéqué ? Y aura-t-il une purge très spéciale avec transfert de propriété ?

Comment va s'articuler le pacte commissaire avec un pacte de préférence antérieur accordé par le débiteur mais non publié aux hypothèques ?

- Les formalités

L'attribution de l'immeuble hypothéqué aux créanciers et la mise en œuvre du pacte commissaire résultent en réalité d'une dation en paiement (Cass. 3^{ème} Civ. 4 avril 1968 - Bull. Civ. 1968 III n° 148).

Cette opération doit se conclure comme si les parties concluaient un acte de vente définitif.

Le notaire devra dès lors obtenir état hypothécaire, dossier d'urbanisme, dossier diagnostic technique, purger les droits de préemption des collectivités locales ou des locataires, certaines de ces formalités ne pouvant pas être effectuées avant d'obtenir le résultat de l'expertise préalable de l'immeuble pour déterminer sa valeur.

Et le jugement, en matière d'attribution, vaudra transfert de propriété. Le créancier bénéficiaire devra-t-il se satisfaire des risques d'une vente sans l'ensemble des formalités protectrices ?

- **Et les droits de préemption...** et particulièrement, les droits des tiers.

Ceux-ci s'appliquent à toute mutation à titre onéreux quelle que soit sa forme et donc la mise en œuvre du pacte comissoire n'échappera pas, pas plus que l'attribution judiciaire.

La jurisprudence ayant assimilé la dation en paiement en une aliénation à titre onéreux (Cass. 3^{ème} Civ. 4 avril 1968), le DPU devra donc être purgé lors de l'exécution du pacte comissoire.

Le notaire devra donc établir une DIA dans laquelle devra figurer un prix, à savoir le prix fixé par l'expert amiable ou judiciaire. A défaut, c'est la nullité (urbanisme L.213.2).

Et le tribunal devra-t-il s'en assurer ou laissera-t-il le bénéficiaire à l'attribution « en faire son affaire personnelle » ?

Dès lors, autre difficulté, en cas d'exercice de la préemption par la commune : délai de six mois à compter de la décision d'acquérir au prix proposé par le vendeur ou accepté par lui pour le paiement.

Purge des inscriptions d'hypothèque (sauf si opération d'utilité publique).

La préemption n'éteint pas les sûretés réelles et personnelles grevant le bien préempté (article L.213-5 du Code de l'Urbanisme). Dès lors, les droits réels des créanciers doivent se reporter sur le prix fixé compte tenu de leur rang de préférence, ce qui va allonger d'autant pour le bénéficiaire du pacte comissoire le délai de récupération de sa créance.

De même, les inscriptions ou privilège grevant l'immeuble préempté du chef du propriétaire risquent d'être considérés comme des obstacles au paiement puisque le titulaire du DPU doit consigner la somme correspondant au montant du prix selon les règles de l'expropriation.

Dès lors, il faut évaluer l'immeuble une seconde fois car ce sont les règles de l'expropriation qui s'appliquent alors.

En ce cas, la Caisse des Dépôts ne déconsignera la somme qu'au profit de l'exproprié, désigné par l'expropriant, sous la responsabilité de ce dernier, ou au profit de ses ayants-droit sur justification de leur qualité. Il faut donc prévoir pour le créancier prêteur, bénéficiaire du Pacte comissoire, une délégation pour pouvoir percevoir aux lieu et place du débiteur les sommes provenant de la préemption, ou prévoir de demander cette délégation dans le jugement d'attribution.

Quid de la fixation du prix par l'autorité expropriante après une DIA ?

Le vendeur peut-il donner son accord sur le prix proposé par la collectivité sans en référer au bénéficiaire du Pacte ?

- **Le dossier de diagnostic et autres pièces prévus à l'article L.271-4 ?**

Le débiteur doit-il fournir ce dossier en cas de réalisation du Pacte commissaire ?

En effet, selon les pièces composant le dossier de diagnostic technique, les sanctions liées à l'absence de ce document lors de la signature de l'acte authentique de vente varient.

- Tantôt le vendeur, non professionnel, ne peut s'exonérer de la garantie des vices cachés correspondants.
- Tantôt l'acquéreur peut demander la résolution du contrat ou la diminution du prix.
- Tantôt l'information fournie n'a qu'une valeur informative.

Obtenir un dossier de diagnostic technique ne suffit pas car l'exécution d'une dation en paiement implique, comme pour une vente, d'accomplir des vérifications et d'obtenir d'autres pièces, état hypothécaire, un dossier d'urbanisme, dossier d'intervention ultérieure sur l'ouvrage : DIUO, et bien entendu en copropriété, les certificats de mesurages.

- **Dernier problème : l'opposabilité du bail au nouvel acquéreur**

Le débiteur devra veiller à ce que les baux, ou non enregistrés, ou n'ayant pas date certaine, soient mentionnés dans le Pacte commissaire pour qu'ils soient opposables aux créanciers (article 1743 du Code Civil). Cette mention pourrait servir de preuve de l'antériorité du bail à l'égard du créancier poursuivant si ce dernier envisageait de recourir à la saisie immobilière au lieu d'exercer le Pacte commissaire.

Le débiteur doit alors s'assurer des conditions de transmission des dépôts de garantie et des paiements d'indemnité d'éviction.

De son côté, le créancier devra vérifier le contenu et la validité des cautionnements fournis par les locataires.

Dans l'attribution judiciaire, la présence d'occupant constitue une charge de plus pour le créancier.

- Dernier inconvénient, mais « not the least » : l'impact des procédures collectives.

Toute la difficulté réside dans l'articulation des procédures collectives avec le pacte commissaire.

Comment concilier deux objectifs contradictoires du législateur : d'un côté le droit des procédures collectives, de l'autre côté le droit du crédit.

CONCLUSIONS

Il est trop tôt pour se prononcer sur le succès de ces dispositions ; indépendamment du fait que le créancier non seulement va devoir, pour fixer sa créance, entrer dans le cadre d'une procédure au fond, avec expertise et tous ses modes de contestations divers et variés ; il va se trouver confronté à des conséquences techniques : publication de son assignation au fond, publication de son jugement ou de l'acte notarié de transfert, paiement éventuel de nouveaux droits d'enregistrement et de publicité foncière, le tout aux frais d'un débiteur qui n'en pourra plus mais...

Quant à l'attribution judiciaire, spécialement, elle permettra à un créancier qui n'est pas forcément inscrit en premier rang de venir mettre un trouble dans l'ordre des privilèges pour pouvoir obtenir ainsi une modalité de vente qu'il régularisera à titre personnel ultérieurement... concurrence entre créanciers, surenchère entre eux peut-être, mais certainement pas source de simplification.

En tous cas, si l'attribution judiciaire peut présenter moins de contrainte que l'exécution du Pacte commissaire, le créancier poursuivant en assumera tous les risques.

Enfin, les articles **2367 et 2373** du Code Civil dans leur nouvelle rédaction nous apportent une autre innovation de taille : la réserve de propriété, ou plus exactement, la propriété retenue.

Il n'y a même plus réalisation, mais suspension de la propriété. La propriété d'un bien peut en effet désormais être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve qui va suspendre l'effet translatif du contrat jusqu'au paiement.

L'article 2367 donne l'explication de texte de tout ce mécanisme : « La propriété ainsi réservée est l'accessoire de la créance dont elle garantit le paiement ». Le transfert de propriété n'aura lieu à titre définitif qu'au jour du paiement de l'obligation.

En attendant, selon l'expression à la mode, elle restera virtuelle.

Ainsi, le 2^{ème} alinéa de l'article 2367 risque de changer bien des habitudes, dès lors que la réserve de propriété changera le mode d'exécution puisqu'en fait, comme dans les ventes à terme, le vendeur va demeurer propriétaire tant que le prix ne va pas être intégralement payé.

Cette modalité pourrait paraître un substitutif au crédit-bail, voire à l'antichrèse bail dont le principe est réaffirmé dans la même réforme aux articles 2387 à 2392. La pratique notariale, critiquée par une partie de la doctrine, et finalement validée par un arrêt de la Cour de Cassation du 18 décembre 2002, est ainsi consacrée sous l'article 2390.

Pour ce faire, le texte prévoit que le créancier peut, sans en perdre la possession, donner l'immeuble à bail, non seulement à un tiers mais aussi au débiteur lui-même.

A suivre.

PACTE COMMISSOIRE : **P.S. D'ACTUALITE**

Quasiment concomitamment avec notre colloque, a été promulgué au J.O du 21 mai, le décret n° 2008-466 du 19 mai 2008, aménageant certaines dispositions du décret du 14 octobre 1955 relatives à la publicité foncière afin de mettre ce dernier en conformité avec les nouvelles possibilités contractuelles, notamment dans la rédaction des bordereaux d'hypothèques.

Il est ainsi prévu que pourra figurer, le cas échéant, sur le bordereau d'inscription d'un privilège ou d'une hypothèque, la mention de la clause prévoyant que le créancier hypothécaire impayé deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué (modification de l'article 55-2, 3°, du décret du 14 octobre 1955).

De même, dans le cadre d'une inscription d'hypothèque conventionnelle rechargeable pourra figurer le cas échéant la mention de la clause prévoyant que le créancier hypothécaire impayé deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué (modification de l'article 57-3, 2°, g, du décret du 14 octobre 1955).

Enfin, dans le nouvel article 57-4 du décret du 14 octobre 1955 figure le contenu des bordereaux d'inscription pour les mentions figurant sur ces bordereaux, celles de la clause prévoyant que le créancier hypothécaire impayé deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué (article 57-4, II g nouveau du décret du 14 octobre 1955).

Il ne reste donc plus qu'à mettre en œuvre le Pacte comissoire.

A suivre..., encore.

LA SAISIE IMMOBILIERE

L'AUDIENCE D'ORIENTATION

Vincent RIEU

Vice Président de l'AAPPE

Avocat au Barreau de MONTPELLIER

A son seul nom, de nombreux praticiens des procédures de saisie immobilière, habitués à un vocabulaire ancien et spécifique, se sont trouvés désorientés.

L'audience éventuelle ayant vécu (même s'il demeure des audiences d'adjudication tenues sous le régime du Code de Procédure Civile ancien), la nouvelle audience d'orientation est alors apparue pour beaucoup comme le moment fort de la nouvelle procédure.

On peut même soutenir qu'il s'agit de la pierre angulaire du nouvel édifice constitué par l'ordonnance du 21 avril 2006 et le décret du 27 juillet 2006 (ci-après dénommé uniquement décret).

Si l'audience d'orientation ne constitue qu'un chapitre du décret reposant sur quatre articles, il n'en demeure pas moins que sa tenue constitue un passage désormais obligé et décisif auquel se rattachent de nombreux autres articles du même décret.

I. LA PREPARATION DE L'AUDIENCE D'ORIENTATION

La nouvelle architecture et le nouveau calendrier de la procédure doivent amener les praticiens à réfléchir sur la correcte stratégie à adopter, celle-ci pouvant évoluer en fonction des événements ou des informations recueillies pendant son déroulement.

1 – Sur le positionnement de l'audience d'orientation

En premier lieu, le positionnement de l'audience d'orientation peut avoir son importance pour les trois raisons, non exhaustives, suivantes :

- En vertu de l'article 38 alinéa 2 du décret, l'audience d'adjudication doit se tenir dans un délai compris entre un et trois mois après la délivrance de l'assignation aux débiteurs et sa dénoncé aux créanciers inscrits, alors que ces derniers disposent d'un délai de deux mois pour déclarer leur créance par acte d'avocat déposé au Greffe du Juge de l'Exécution.

Selon que l'audience d'orientation se tient avant ou après le délai de deux mois ouvert aux créanciers, le juge disposera ou non de l'état des autres créances déclarées que lui communiquera son Greffe. Quand bien même le juge n'a pas à prendre en considération le montant desdites créances déclarées pour décider s'il autorise la vente amiable, il n'en demeure pas moins que la pratique nous démontre qu'il y porte attention (ce critère a pu même être relevé dans certains jugements, ce qui pourrait être critiqué et faire encourir le risque d'une réformation du jugement s'il n'a pas, avant tout, fait référence aux critères mentionnés à l'alinéa 2 de l'article 49 pour motiver sa décision).

- Par contre, plus tôt l'audience d'orientation interviendra, plus rapidement est éliminé le risque de procédures parasites devant le Juge de l'Exécution. Ce dernier peut effectivement être saisi avant même l'audience d'orientation sur le fondement de l'article 53 pour statuer sur une demande de vente amiable. Ce cas est très rarement évoqué car il oblige le saisi à assigner à une date d'audience intervenant avant même la signification de l'assignation à comparaître à l'audience d'orientation, et l'oblige en outre à mettre en cause l'ensemble des créanciers inscrits sur le bien, ce qui n'est pas nécessairement chose aisée. Mais nous pouvons également considérer que le débiteur poursuivi peut saisir le Juge de l'Exécution pour contester le commandement de saisie avant même l'audience d'orientation.

Tel est le sens d'une décision rendue par la Cour d'Appel d'AIX EN PROVENCE le 10 octobre 2007 qui énonce que « *si son article 6 (du décret du 27 juillet 2006) édicte qu'aucune contestation ni aucune demande incidente ne peut, sauf dispositions contraires, être formée après l'audience d'orientation, à moins qu'elle ne porte sur les actes de procédure postérieurs à celle-ci, aucun texte n'empêche le débiteur de saisir le Juge de l'Exécution avant le dépôt au Greffe de l'assignation à l'audience d'orientation, pour contester le commandement valant saisie immobilière* ».

La Cour a toutefois là encore fixé en l'espèce comme date ultime de saisine du Juge de l'Exécution le jour du dépôt au Greffe de l'assignation à l'audience d'orientation.

- Enfin, il n'est pas neutre de souligner que si nous avons par le passé la maîtrise de la date de l'audience d'adjudication, que nous pouvions en outre reporter, celle-ci est désormais fixée par le juge au sein du jugement d'orientation. Si par exemple l'audience d'orientation se tient au début du mois d'avril et que le juge rend sa décision autour du 1^{er} mai, il devra fixer la date d'adjudication au plus tard le 31 août et il est alors probable que celle-ci se déroulera à une date où les enchérisseurs peuvent être moins nombreux en plein mois d'août. Les praticiens devront alors avoir pour réflexe de procéder par « calendrier inversé » pour déterminer à quelle date il est souhaitable que l'audience d'adjudication se tienne (et pour déterminer alors à quelle date les actes de procédure la précédant doivent être délivrés).

- 2 – Il convient également de s'arrêter rapidement sur le contenu de l'assignation, non pas pour rappeler les mentions impératives devant y figurer conformément à l'article 39 du décret, mais pour énoncer ce qu'il faut prévoir en outre dans le dispositif du jugement.

Il est recommandé de diviser le dispositif de l'assignation entre deux hypothèses possibles pour le cas où la vente serait ordonnée, la vente forcée d'une part, la vente amiable d'autre part.

Dans le premier cas, il sera opportun que soit autorisée la visite du bien immobilier vendu, certains magistrats acceptant de faire figurer dans le jugement une période de plusieurs jours pendant laquelle la vente est possible, d'autres imposant une date et un horaire précis. La Chancellerie ayant demandé aux Greffes de notifier le jugement d'orientation aux huissiers ayant délivré le commandement de saisie, qui prendront le plus souvent en charge la visite du bien en vue de la vente, il est préférable d'avoir alerté son huissier sur l'impérieuse nécessité de recueillir les instructions de l'avocat poursuivant la vente avant de procéder à ladite visite. En effet, un accord de règlement peut toujours intervenir avant la visite et on peut aisément imaginer le couac – mot à la mode – que constituerait l'ouverture des portes du bien occupé par le saisi, avec recours de la force publique, devant de nombreux visiteurs intéressés, alors que le saisi aurait entre temps réglé sa dette ou serait parvenu à un accord avec le créancier poursuivant.

Mieux vaut prévenir que frémir.

Pour le cas où la vente amiable serait ordonnée, il y a lieu de solliciter la taxation de son état de frais que l'avocat poursuivant devra détenir à son dossier lors de l'audience, accompagné des justificatifs exigés par le juge, pour pouvoir le remettre au magistrat dans l'hypothèse où la vente amiable serait sollicitée et pourrait donc être ordonnée.

- 3 – Les spécificités du nouveau texte conduisent à être prêt à répondre aux situations diverses pouvant se présenter (intervention ou non d'un avocat pour le compte du débiteur, nécessité ou non de déposer des conclusions écrites, admises par les magistrats sur l'audience entre les mains du greffier présent, interprétant ainsi dans un sens favorable au saisi le 1^{er} alinéa de l'article 7 imposant « *le dépôt au greffe de conclusions signées d'un avocat* »).

L'avocat poursuivant la vente devra adopter la position la plus adéquate, conforme à la politique adoptée par son client (pouvant privilégier ou non la vente amiable). Pour ce faire, il aura eu tout intérêt à recueillir au préalable un maximum d'informations possible se rattachant à une éventuelle vente amiable, tant auprès de son client (estimation du bien saisi, rapport d'expertise, prix minimum accepté...) que du saisi en ne refusant pas le dialogue avec ce dernier ou son conseil pour connaître ses intentions et les diligences accomplies afin d'apprécier le sérieux de son éventuelle démarche pour une vente amiable.

- 4 – Quant au créancier non poursuivant, il n'a pas l'obligation d'être représenté à l'audience d'orientation, la seule obligation pesant sur lui étant de déclarer sa créance auprès du greffe dans le délai de deux mois requis, étant rappelé qu'a priori la discussion ne devrait porter que sur le montant ou le caractère exigible de la créance du créancier poursuivant lors de cette audience.

La Cour de Cassation vient toutefois de rendre un avis le 16 mai 2008, considérant que le JEX est tenu de trancher les contestations relatives à la validité des déclarations de créances soulevées au cours de l'audience d'orientation.

Cet avis appelle deux commentaires :

1° - Comment la discussion peut naître « au cours de l'audience d'orientation » alors que la partie contestant la déclaration devrait agir par voie de conclusions d'avocat déposées au Greffe, donc par principe déposées au plus tard au début de l'audience ?

2°- L'assignation à comparaître délivrée au créancier inscrit ne portant pas sur la vérification de sa déclaration de créance, le juge ne devrait pas pouvoir statuer si le créancier n'est pas représenté et n'a pas eu connaissance de la contestation soulevée à son encontre, sauf à imposer la délivrance à son égard d'un avenir d'audience motivé avec renvoi de l'audience en application de l'article 7 alinéa 2 du décret.

Il est vrai que tout créancier inscrit a vocation à pouvoir se subroger dans les poursuites du créancier ayant initié la procédure et décidant de ne pas la poursuivre jusqu'à son terme.

Le créancier inscrit représenté à l'audience aura l'avantage de pouvoir suivre de près l'avancement de la procédure, de mieux connaître les intentions du saisi, mais aussi du créancier poursuivant pour être en mesure de demander à être subrogé dans ses droits s'il décidait de se désister lors de l'audience d'orientation. A ce sujet, je relèverai que la rédaction actuelle du texte permet très difficilement une subrogation postérieure à l'audience d'orientation dès lors que :

- si le créancier inscrit apprend que le créancier poursuivant a décidé de mettre un terme à la procédure de saisie par la lecture du jugement d'orientation, il sera trop tard pour solliciter la poursuite d'une procédure désormais éteinte.

- si le créancier poursuivant arrête la procédure postérieurement, le créancier inscrit ne l'apprendra certainement qu'après l'expiration du délai légal pour procéder aux formalités de publicité.

Un avocat intervenant pour le compte d'un créancier inscrit non poursuivant à une audience d'orientation, apprenant que celui qui a initié la procédure annonce ne pas vouloir la poursuivre, pourrait alors solliciter du juge la subrogation au bénéfice de son client, ce qui nécessitera que la créance de ce dernier puisse être mentionnée dans le jugement, et éventuellement discutée par le débiteur. Ainsi, l'avocat pourrait solliciter le renvoi de cette demande incidente au visa de l'alinéa 2 de l'article 7, ce qui lui permettra alors de se rapprocher de son client dans l'intervalle afin de recueillir plus précisément ses instructions.

Voilà pourquoi il est sans doute préférable de solliciter au préalable la position de son client lors de la préparation de cette audience, pour le cas où une telle situation se présenterait.

II. LE DEROULEMENT DE L'AUDIENCE D'ORIENTATION

- 1 – Très rapidement, la lecture du nouveau décret a mis en évidence l'impossibilité, sauf cas exceptionnel, de renvoyer l'audience d'adjudication et s'est alors posée la question du renvoi possible de l'audience d'orientation, créant ainsi une situation pouvant a priori être considérée comme inverse à celle rencontrée dans le passé, la jurisprudence ayant consacré l'impossibilité de renvoyer l'audience éventuelle.

Les établissements financiers étaient également séduits par la possibilité de procéder à certains reports de l'audience d'orientation afin de favoriser un éventuel accord amiable avec son débiteur.

Toutefois, la rédaction de l'article 7 du décret ne paraît pas permettre un recours élargi au renvoi de l'audience, le législateur ayant manifestement souhaité éviter que cette procédure soit plus utilisée pour exercer une certaine pression sur son débiteur, que pour entreprendre une voie d'exécution qui n'a pas vocation à perdurer plusieurs années comme cela pouvait être le cas précédemment.

En aparté et si cette appréciation de la Chancellerie peut être considérée comme légitime, nous pouvons tout de même exprimer le regret que l'audience d'adjudication ne puisse pas être plus facilement renvoyée, sous réserve de l'accord des deux parties directement concernées, alors qu'elle porte tout de même sur la vente d'un bien immobilier, le plus souvent le domicile de la personne saisie.

Le renvoi de l'audience d'orientation n'est donc possible que « *lorsque la contestation ou la demande incidente ne peut être examinée à l'audience d'orientation, ne serait-ce que pour respecter le principe du contradictoire* ».

La contestation ou la demande incidente est donc nécessairement connue lors de l'audience initiale, de sorte que se pose la question de savoir si une contestation ou demande incidente différente, nouvelle, peut être présentée lors du rappel de l'affaire.

Les avis paraissent divergents compte tenu de l'emploi du singulier, et l'avis autorisé du magistrat se trouvant à mes côtés sera particulièrement intéressant, les deux thèses suivantes pouvant s'opposer :

- l'audience à laquelle l'affaire aura été renvoyée est en définitive, sur le plan procédural, l'audience d'orientation, toute contestation ou demande incidente pouvant alors y être évoquée, sauf à se voir opposer un déni de Justice,
- le renvoi exceptionnellement accordé pour statuer sur une contestation, ayant dû être nécessairement exposée mais n'ayant pu être correctement débattue contradictoirement, ne doit faire une nouvelle discussion à propos d'autres contestations.

De même, en présence d'un appel du jugement d'orientation, une demande ou contestation incidente non présentée devant le premier juge est-elle recevable devant la Cour ?

Celui qui s'y oppose pourrait s'appuyer sur les dispositions de l'article 6 du décret qui stipulent qu'aucune contestation ni demande incidente ne peut être formée après l'audience d'orientation, la thèse contraire consistant à prétendre que l'audience tenue devant la Cour d'Appel ne constitue, sur le plan procédural, que la reprise de l'audience d'orientation.

Pour ma part, je pense qu'il est intéressant de faire valoir une lecture restrictive du texte, conforme à toute l'architecture du décret, cette discussion devant être tranchée en définitive par la jurisprudence.

- 2 – Le présent exposé n'abordera pas toutes les contestations ou demandes incidentes pouvant être discutées, telles que les contestations portant sur la procédure, la mise à prix ou les stipulations du cahier des conditions de vente, ou encore les demandes de cantonnement de la saisie par exemple.

Trois sujets principaux ont alimenté le débat ces derniers mois :

- Le montant de la créance :

En matière de saisie immobilière, le texte donne une compétence exclusive au Juge de l'Exécution, de sorte qu'il paraît compétent pour statuer sur toute contestation soulevée, quel qu'en soit l'objet. Toutefois, en l'absence de contestation, le juge a-t-il le pouvoir de retenir un montant de créance différent de celui annoncé par le créancier poursuivant ?

Il s'agit là d'apprécier l'étendue des pouvoirs du juge qui doit, en vertu de l'article 51 du décret, « mentionner le montant retenu pour la créance du poursuivant en principal, frais, intérêts et autres accessoires ».

Mon avis serait ainsi résumé : rien que le titre exécutoire, mais tout le titre exécutoire.

Le juge devrait donc vérifier si le montant visé par le créancier poursuivant dans le commandement, éventuellement actualisé dans son acte d'assignation, est strictement conforme aux dispositions du titre exécutoire ; par exemple que ne soient pas appliqués un taux d'intérêt ou des accessoires excédant ce qui y est mentionné.

Par contre et à défaut d'une contestation, pouvant notamment porter sur la réduction ou la suppression du montant de la clause pénale, le juge ne devrait pas d'office retenir un montant différent de celui indiqué par le créancier dès lors qu'il respecte les termes du titre exécutoire.

C'est le sens de l'arrêt rendu par la Cour d'Appel de PARIS le 14 février 2008.

C'est ainsi qu'il convient à mon sens d'interpréter la rédaction de l'article 51 qui emploie le terme « *mentionne* » et non pas celui de « *fixe* », improprement retenu par certains magistrats qui estiment que le prisme de l'audience d'orientation serait le seul moment leur permettant de corriger une situation pouvant s'avérer déséquilibrée sur le plan économique, en arguant du terme « *retenu* » également mentionné dans le même article. Cette dernière interprétation du texte paraît critiquable alors même que la discussion portant sur le montant de la créance pourra être menée à l'occasion de la procédure de distribution du prix et alors qu'il est également rappelé que les autres créanciers inscrits n'ont pas eu à subir une éventuelle réduction des sommes leur étant dues, ces discussions ne figurant pas a priori à l'« *ordre du jour* » de l'audience d'orientation.

Devant la diversité de certaines décisions rendues à ce jour en la matière, une classification par la Cour de Cassation s'impose et devrait probablement amener l'ensemble des juges à adopter une position semblable à celle de la Cour d'Appel de PARIS.

- La demande de délais de paiement ou délais de grâce :

Alors que cette possibilité avait été expressément prévue dans le projet de décret, puis retirée pour ne pas affaiblir toute l'architecture du texte tendant à ne pas retarder l'aboutissement de la mesure d'exécution engagée, il n'a pas fallu beaucoup de temps pour que soient rappelées par certains saisis, à juste titre sur le plan du droit me semble-t-il, les dispositions de droit commun (article 1244-1 du Code Civil) et celles de l'article 8 du décret du 31 juillet 1992 autorisant le Juge de l'Exécution à accorder de tels délais si les conditions sont réunies pour y faire droit.

Toutefois, une décision apparemment isolée de la Cour d'Appel d'AIX EN PROVENCE en date du 2 novembre 2007 écarte cette possibilité d'obtenir des délais.

- La demande de vente amiable :

Elle peut être une chance pour les parties si elle permet d'aboutir dans un délai rapide à un prix accepté de part et d'autre, ne subissant plus l'aléa de l'enchère, même s'il doit être rappelé que les prix obtenus dans les salles d'audience sont généralement équivalents aux prix d'une vente de gré à gré et bien supérieurs aux valeurs d'expertise communiquées.

En outre et surtout, si la vente amiable sollicitée paraît réellement sérieuse moyennant un prix satisfaisant, le créancier poursuivant n'aura sans doute pas intérêt à s'y opposer. En effet, son refus de la vente amiable, s'il convainc le premier juge, peut toujours donner lieu à une réformation par la Cour d'Appel alors qu'en présence d'une vente amiable ordonnée, la non réalisation de celle-ci dans le délai fixé par le juge amènera ce dernier à rendre un nouveau jugement ordonnant la vente forcée, jugement alors insusceptible d'appel conformément au dernier alinéa de l'article 55 du décret.

Là encore, nous pouvons relever que la stratégie adoptée aura toute son importance pour mener au mieux la procédure engagée dans un souci d'efficacité.

III. L'APPEL DU JUGEMENT D'ORIENTATION

- 1 – En tout premier lieu, il sera rappelé que le jugement est susceptible d'un appel devant être formé dans un délai de quinze jours à compter de la notification qui en est faite par le greffe, conformément à l'article 8 du décret.

En raison des retards que peuvent connaître certains services des greffes, il pourra être de l'intérêt du créancier poursuivant de procéder lui-même à la signification pour faire courir le délai d'appel au plus tôt afin qu'en présence d'un recours, l'arrêt puisse être rendu avant le rappel de l'affaire à l'audience d'adjudication.

Pour la même raison, il y a tout intérêt d'obtenir de son Juge de l'Exécution que la date de l'audience d'adjudication soit fixée le plus tard possible dans le délai de deux à quatre mois imposé par l'article 59 du décret.

- 2 – Le premier réflexe de certains établissements financiers a été de ne pas recourir à la publicité et de solliciter un renvoi de l'audience d'adjudication, ce qui fut d'ailleurs accepté par un arrêt de la Cour d'Appel de BORDEAUX en date du 25 septembre 2007.

En réponse à cette argumentation, certains considèrent que le dernier alinéa de l'article 12 aurait une application plus large, ne se limitant pas aux cas évoqués au 1^{er} alinéa, et permet de l'invoquer face à la sanction prévue par l'article 60 alinéa 3 du décret. Cette dernière analyse ne me paraît pas conforme au texte.

Toutefois, cette décision de justice, frappée du bon sens pour permettre de connaître l'issue de la procédure d'appel avant de procéder à une vente risquée du bien immobilier, pouvant être préjudiciable tant pour le saisi que pour le créancier poursuivant, ne paraît pas conforme aux dispositions de l'article 61 du décret qui limite aux cas de force majeure et à la demande de la Commission de Surendettement la possibilité de reporter la vente forcée.

En outre l'article 12 du décret, qui prévoit la possibilité d'un relevé de caducité prononcé pour non respect de certains délais en raison d'un motif légitime, ne doit pas pouvoir être invoqué en cas de non sollicitation de la vente forcée le jour de l'audience prévue à cet effet puisqu'il vise expressément les articles pouvant bénéficier de ce relevé de caducité, qui traitent tous du respect d'un délai. Or, l'article 60 obligeant le juge à constater la caducité du commandement de payer pour non sollicitation de la vente par le créancier, n'est pas mentionné à l'article 12 et ne fait d'ailleurs état d'aucun délai.

Enfin, il convient de relever qu'une partie des tribunaux semble même réfractaire au renvoi de l'audience d'adjudication sollicité de concert par le créancier poursuivant et le débiteur.

Quant à la saisine du Premier Président de la Cour d'Appel par le débiteur, pour tenter d'obtenir la suspension de l'exécution provisoire du jugement, elle me paraît vouée à l'échec (une décision a déjà été rendue en ce sens).

- 3 - Dès lors, la première priorité consiste à obtenir de chacun des chefs de juridictions de Cour d'Appel que ledit appel soit évoqué à très court délai, en se référant au second alinéa de l'article 9 du Code de Procédure Civile visé à l'article 8 du décret. Parallèlement, la Chancellerie a dû alerter les Cours d'Appel pour que les affaires puissent être instruites à bref délai et qu'une décision puisse être rendue avant la date de l'audience d'adjudication.

Dès connaissance de l'appel, l'avoué saisi doit obtenir de la Cour une date d'audiencement permettant de répondre à l'exigence exposée ci-avant. Dès lors, l'avocat poursuivant la procédure peut, à l'examen du jugement d'orientation et des éventuelles critiques que sa motivation peut susciter, conseiller utilement son client sur l'opportunité de lancer la publicité légale, ce qui ne génèrera qu'un coût supplémentaire limité par rapport au coût total de la procédure, dont il est rappelé qu'il est supporté par le créancier poursuivant en cas de caducité du commandement valant saisie, sauf décision contraire du juge spécialement motivée se prononçant sur les dépens (article 60 alinéa 3).

Il reviendra alors au créancier de prendre position. S'il préférerait malgré tout ne pas procéder à la publicité légale annonçant la vente, il est alors hautement conseillé à son avocat et à son avoué de déposer sans tarder des conclusions tendant à la confirmation du jugement. En effet, la partie saisie, dès que le délai de publicité légale serait passé, pourrait avoir l'idée de se désister de sa procédure d'appel avant que soient signifiées des conclusions de l'intimé, ce qui empêcherait de connaître la décision de confirmation ou de réformation qui aurait été prise et permettrait à la partie saisie de renouveler la même opération si elle devait recevoir ultérieurement un nouveau commandement de saisie.

EN CONCLUSION, nous constatons que la saisie immobilière issue des textes de 2006 ouvre chaque jour de nouvelles pistes de réflexion en matière de stratégie procédurale, tout en protégeant les établissements initiant cette procédure contre les critiques portées par le passé de requérir la vente, dès lors que cette réquisition leur est aujourd'hui imposée par le décret du 27 juillet 2006.

Si des correctifs aux textes actuellement applicables sont souhaités et font l'objet de demandes circonstanciées et argumentées, il n'en demeure pas moins que les craintes évoquées à l'origine semblent se dissiper et les avantages de cette nouvelle procédure (notamment opportunité pour la partie saisie de parvenir à la vente de gré à gré de son bien ; accélération de la procédure, notamment quant à la distribution du prix de vente) méritent d'être soulignés.

Tels étaient les quelques aspects pratiques que je souhaitais mettre en exergue devant une assemblée de praticiens que je remercie pour son attention et sa bienveillance.

LA VENTE AMIABLE (OU LA VALSE A TROIS TEMPS)

Frédéric KIEFFER
Vice Président de l'AAPPE
Avocat au Barreau de GRASSE

INTRODUCTION

Après une matinée déjà dense, qui s'est achevée par les multiples difficultés qui surgissent lors de l'audience d'orientation et de l'appel du jugement d'orientation, le cocktail réparateur permet d'envisager, avec sérénité, le thème qu'il m'est proposé de traiter : la vente amiable.

C'est un thème majeur, car il constitue la principale innovation de la réforme de la saisie immobilière en offrant la possibilité au débiteur saisi de solliciter l'autorisation du juge de l'Exécution pour vendre à l'amiable l'immeuble saisi.

Cette faculté nouvelle est destinée à remplacer le mécanisme de la conversion de la vente forcée en vente volontaire, lequel ne constituait qu'un aménagement de la vente judiciaire forcée.

La circulaire de la Direction des Affaires Civiles et du sceau précisait, à ce sujet :

« Symboliquement, cette nouvelle issue de la saisie immobilière est placée avant la vente forcée, pour marquer l'ambition de la réforme de favoriser cette solution amiable ».

C'est d'ailleurs ce que rappelait le rapport du Président de la République, lors de la présentation de la réforme, dont l'un des objectifs était de : *« favoriser la vente amiable »*.

Le principe posé par l'article 2201 du Code Civil qui dispose, dans son alinéa 1 :

« Les biens sont vendus, soit à l'amiable, sur autorisation judiciaire, soit par adjudication ».

Le second alinéa de l'article interdisant la clause de voie parée selon laquelle, le créancier procède lui-même à la vente du bien.

Dans le prolongement de la réforme des procédures civiles d'exécution immobilière (loi du 9 juillet 1991 et décret du 31 juillet 1992), dont cette nouvelle faculté s'inspire en permettant au débiteur de vendre amiablement son bien immobilier.

Cette faculté se déroule en plusieurs temps et voit, selon l'évolution et l'état d'avancement de la procédure, le nombre d'intervenants évoluer.

C'est un peu comme dans la valse à mille temps de Jacques BREL.

Nous envisagerons donc les trois temps de cette « valse ».

I. AU PREMIER TEMPS DE LA VALSE : LA SOLITUDE DU DEBITEUR

En effet, l'article 49, alinéa 1 du décret précise que, seul le débiteur est autorisé à formuler une demande de vente amiable.

Ainsi, elle ne peut pas émaner du créancier poursuivant ou d'un créancier inscrit.

Le débiteur est donc seul et au surplus, cette solitude est accrue car, conformément à l'article 50, il est dispensé pour formuler cette demande aux fins d'autorisation de la vente amiable de l'immeuble, du ministère d'avocat.

Il convient d'envisager à quel moment il peut formuler cette demande et comment.

1- A quel moment ? :

Inspirée par des travaux déjà anciens de l'A.A.P.P.E, l'audience d'orientation était destinée à vider la procédure de saisie immobilière de toutes les contestations et incidents qu'elle est susceptible de rencontrer pour permettre de parvenir à la fixation d'une date d'adjudication épurée et ainsi assurer une certaine sécurité et donc une meilleure réalisation de l'immeuble poursuivi.

Malheureusement, le texte a quelque peu vidé de sa substance cet objectif en permettant notamment, sur le fondement de l'article 53 du décret, au débiteur de présenter une demande de vente amiable avant la signification de l'assignation à comparaître à l'audience d'orientation.

Ainsi, le débiteur, solitaire, peut présenter sa demande avant l'audience d'orientation ou, à l'occasion de l'audience d'orientation.

Dans l'un ou l'autre cas, comment doit-il s'y prendre ?

2- Comment ? :

Le débiteur solitaire va, s'il souhaite opter pour la solution, en apparence, la plus rapide, se heurter à une première difficulté.

La demande présentée avant la signification de l'assignation à comparaître à l'audience d'orientation n'est possible qu'à la condition, pour le débiteur, de mettre en cause les créanciers inscrits sur le bien.

La circulaire de novembre 2006 explique cette exigence, en indiquant que :

« Un débat avec les créanciers inscrits s'impose puisque la vente amiable, sur autorisation judiciaire prive ces derniers du droit de surenchérir qu'ils tiennent pour les ventes amiables de droit commun, de l'article 2480 du Code Civil ».

En effet, en application de l'article 2213 du Code Civil, la vente amiable autorisée par le Juge produit un effet inédit de purge de plein droit de toute hypothèque et de tout privilège du chef du débiteur, dès la consignation du prix et le paiement des frais de vente.

Cependant, sa solitude se marie mal avec les exigences techniques de cette solution car, il devra faire délivrer plusieurs assignations, prendre contact avec le greffe du Juge de l'Exécution pour connaître une date d'audience et, préalablement à l'établissement des assignations, obtenir les documents hypothécaires nécessaires auprès de la conservation des hypothèques compétente, pour connaître les coordonnées des créanciers inscrits figurant sur son bien et leur domicile élu.

Il conviendra également qu'il présente sa demande auprès du Juge de l'Exécution du Tribunal de Grande Instance devant lequel se poursuit la saisie, seul compétent en la matière par combinaison des articles 2 du décret du 27 juillet 2006 et de l'article L 213 – 6 du Code de l'organisation judiciaire.

Or, là encore, son parcours sera semé d'embûches car, il peut être induit en erreur et saisir le Juge de l'Exécution du lieu où il est domicilié, qui n'est pas nécessairement, si sa résidence principale n'est pas l'objet de la saisie immobilière, le lieu dans le ressort duquel se trouve le bien saisi et d'autre part, il existe également devant les juridictions, deux audiences des Juges de l'Exécution, celle réservée aux procédures civiles d'exécution mobilières et celle réservée à la saisie immobilière.

La pratique démontre que de nombreuses fois, le Juge de l'Exécution Mobilière est saisi à tort d'une demande qui concerne le Juge de l'Exécution Immobilier.

Le poursuivant, il lui semblera opportun d'attendre l'audience d'orientation pour formuler sa demande, ce qui lui permettra d'ailleurs, de consacrer son temps à la préparation de cette demande, plutôt qu'à des problèmes procéduraux pour gagner un ou deux mois.

Mais, comment doit-il s'y prendre ?

Quant à la demande formée par le débiteur solitaire, du fait de la technicité et de la complexité des exigences légales, elle semble lui être fermée.

C'est la raison pour laquelle je ne l'examinerai pas.

Si la demande est formulée à l'occasion de l'audience d'orientation, dans la mesure où la demande, ainsi que les actes consécutifs, est dispensée du ministère d'avocat et qu'elle peut être formée verbalement à l'audience d'orientation, il n'y a aucune forme particulière à respecter.

Cependant, dans cette phase, le débiteur n'est plus solitaire.

C'est le deuxième temps de la valse.

II. AU DEUXIEME TEMPS DE LA VALSE : LES CREANCIERS, LE DEBITEUR ET LE JUGE DE L'EXECUTION

1- L'autorisation de vendre :

Lors de l'audience d'orientation, le débiteur ne sera plus solitaire, participeront à la « valse », le créancier poursuivant, les créanciers inscrits et le Juge de l'Exécution.

En principe, le débiteur qui présente une demande d'autorisation de vente amiable doit apporter les justificatifs qui démontreront qu'une vente non judiciaire doit être conclue dans des conditions satisfaisantes (article 39 – 6°).

Le Juge doit également s'assurer que la vente peut être conclue dans des conditions satisfaisantes, en tenant compte de trois paramètres, la situation du bien, les conditions économiques du marché et les diligences éventuelles du débiteur.

Il est donc préférable que le débiteur ait mis à profit l'intervalle le séparant de la délivrance du commandement à l'audience d'orientation pour communiquer au Juge des mandats de vente, voire une promesse synallagmatique de vente.

Il est également important que ce dernier ait réuni auprès d'agences immobilières ou d'experts immobiliers, des éléments permettant d'évaluer avec une certaine rigueur le bien immobilier pour permettre au Juge de fixer le prix minimum.

A ce titre, la circulaire du 8 novembre 2006 donne quelques exemples, le débiteur pourrait communiquer au Juge et aux autres parties, dans le respect du principe du contradictoire, les attestations ou estimations des professionnels de l'immobilier, agent immobilier ou notaire.

Bien sûr, au cours de cette audience, le créancier poursuivant est entendu et pourra faire connaître sa position sur la proposition formulée par le débiteur, notamment quant au prix minimum, si ce dernier dispose d'informations, telle qu'une évaluation ou d'autres éléments qu'il a pu recueillir dans la rédaction du cahier des conditions de vente.

A ce sujet, la circulaire précise (article 3.3.1) :

« En cas de demande de vente amiable formée verbalement par le débiteur, le créancier poursuivant doit être en mesure de débattre de cette demande, notamment parce qu'il connaît précisément la valeur vénale du bien, pour avoir élaboré le cahier des conditions de vente. Si tel n'était pourtant pas le cas, le Juge de l'Exécution dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour renvoyer l'orientation de l'affaire à une audience ultérieure, afin d'assurer le respect du principe de la contradiction ».

Bien sûr, les autres créanciers inscrits, s'ils ont constitué avocat, pourront également faire part de leur position.

Leur intervention est intéressante, car elle permettra de savoir si le montant du prix offert permet de désintéresser l'ensemble des créanciers inscrits.

Quant au Juge de l'Exécution, sur le fondement des positions de chacun et à l'appui des pièces qui lui seront communiquées, il devra fixer le montant du prix en deçà duquel l'immeuble ne pourra être vendu, eu égard aux conditions économiques du marché, déterminer, éventuellement, les conditions particulières de la vente, taxer les frais de poursuite à la demande du créancier poursuivant et fixer la date de l'audience à laquelle l'affaire sera rappelée, dans un délai qui ne pourra excéder quatre mois.

Une petite précision sur la taxation des frais de poursuite : L'article 2203 du Code Civil précise que l'acte notarié de vente n'est établi que sur consignation des frais de la vente et justification du paiement des frais taxés.

Quant à l'article 57, alinéa 2 du décret, il rappelle que les frais taxés sont versés directement par l'acquéreur, en sus du prix de vente.

Il est donc impératif que la taxation intervienne.

Ici, les positions des Juges de l'Exécution divergent car à de nombreux barreaux, sont présentés à la taxe les émoluments sur le fondement de l'article 37 b du décret du 2 avril 1960.

Le nouveau Juge de l'Exécution taxe cet émolument dans les frais taxés en s'appuyant sur le prix de vente minimum fixé dans le jugement d'orientation et, si un compromis de vente a été communiqué, sur le prix de vente fixé.

D'autres Juges de l'Exécution estiment que cette sollicitation est prématurée.

Pourtant, dans la mesure où le texte précise que c'est à l'acquéreur de supporter ces frais taxés, il est impératif que l'émolument figure dans la taxation car, à défaut, d'une part, l'acquéreur n'aura pas une totale information sur le coût de son acquisition et d'autre part, le recouvrement s'avèrera ultérieurement plus délicat.

En tout état de cause, cela me semble un peu prématuré, dans la mesure où si la vente amiable n'intervient pas, le Juge ordonnera la vente forcée et le Notaire ne règlera pas les frais taxés.

Par conséquent, il n'y a pas de risque de sur paiement.

En tout état de cause, la décision du Juge faisant droit à la demande, suspendra le cours de la procédure (article 53, alinéa 2 du décret) et cette décision est susceptible d'appel, dans les 15 jours à compter de sa notification par le Greffe (article 52 du décret).

2- La décision du JEX et ses suites :

L'article 55 du décret énonce que le débiteur doit accomplir les diligences nécessaires à la conclusion de la vente amiable.

En effet, il convient de s'assurer que la décision du JEX est respectée et à ce titre, plusieurs obligations vont peser sur le débiteur :

- Il est tout d'abord enfermé dans un calendrier, car le Juge de l'Exécution, après avoir fait droit à la demande, comme nous l'avons vu, fixe une nouvelle audience pour « faire le point » dans un délai qui ne peut excéder quatre mois à compter de sa décision ;
- Il est, par ailleurs, placé sous le contrôle du créancier poursuivant auquel il doit rendre compte sur sa demande des démarches accomplies.

Si le créancier poursuivant estime que le saisi ne fait pas preuve d'une diligence suffisante, il peut, à tout moment, l'assigner devant le Juge de l'Exécution, afin de voir constater sa carence et faire ordonner la reprise de la procédure de vente forcée (article 55 alinéa 2).

L'assignation doit être délivrée pour la première audience utile du Juge de l'Exécution, en application du 1^{er} alinéa de l'article 15 du décret du 31 juillet 1992 (circulaire, article 4.1.3.1).

Lors de cette audience, le Juge de l'Exécution, s'il constate la carence du débiteur, fixera une nouvelle date d'adjudication qui doit se tenir dans un délai compris entre deux et quatre mois de sa décision.

Cette décision n'est pas susceptible d'appel.

Si cependant, le débiteur est diligent, l'établissement de l'acte de vente se fera et c'est l'occasion d'envisager le troisième temps de la « valse ».

III. AU TROISIEME TEMPS DE LA VALSE : LES CREANCIERS, LE DEBITEUR, LE NOTAIRE, L'ACQUEREUR ET LE JEX

Une fois la décision autorisant la vente amiable rendue, le débiteur doit se montrer diligent et trouver, s'il ne l'avait pas fait préalablement à l'audience d'orientation, un acquéreur au prix minimum fixé par le Juge et dans les conditions figurant dans la décision.

Une fois trouvé, l'acte doit être rédigé.

Il convient d'envisager les rôles respectifs de l'avocat et du notaire, dans cette rédaction et les différentes issues.

1- Les alliés substantiels (ou providentiels) : l'avocat et le notaire :

Le débiteur et l'acquéreur devront charger un ou plusieurs notaires d'établir l'acte de vente.

Comme le précise l'article 2202 du Code Civil, la vente amiable sur autorisation judiciaire est assimilée, dans ses effets, à une vente volontaire.

L'ensemble des dispositions relatives aux ventes en droit commun, notamment celles du Code Civil, est donc applicable à cette vente.

Toutefois, les parties sont tenues de respecter certaines règles et notamment les conditions particulières de la vente qu'aurait pu imposer le Juge dans son jugement d'orientation et l'obligation, par application des dispositions de l'article 2203 du Code Civil, de consigner le prix et les frais de vente et de payer les frais taxés.

Le texte n'indique pas comment s'opère cette consignation.

Toutefois, il convient de le rapprocher des dispositions de l'article 2211 du Code Civil qui indiquent que :

« L'adjudicataire doit consigner le prix sur un compte séquestre ou à la caisse des dépôts et consignations ».

Dans le cadre d'une bonne relation entre le notaire et l'avocat, il est donc important de collaborer étroitement.

Tout d'abord, l'article 57 du Décret précise que le notaire chargé d'établir l'acte de vente peut obtenir la remise, par le créancier poursuivant de documents recueillis pour l'élaboration du cahier des conditions de vente.

Il ajoute, les frais taxés sont versés directement par l'acquéreur, en sus du prix de vente.

Nous avons vu que le Juge de l'Exécution devait, dans son jugement d'orientation, taxer les frais de poursuite (article 54, alinéa 2 du décret).

Ainsi, une fois le jugement d'orientation rendu, le rôle de l'avocat est encore très important.

Contrairement à une idée reçue, les notaires ne semblent pas s'être réellement beaucoup intéressés à la réforme de la procédure de saisie immobilière.

Bien souvent, par ailleurs, les débiteurs n'avisent pas toujours le notaire chargé de la rédaction de l'acte de vente, de leur situation qui n'est alors découverte qu'à réception des documents hypothécaires.

Il est donc opportun d'être vigilant.

Pour inviter la partie saisie à respecter les obligations mises à sa charge, il convient de la sommer de rapporter la preuve qu'elle respecte les diligences mises à sa charge par le Juge, en communiquant, notamment, le compromis de vente si elle en a signé un et le nom et les coordonnées de son notaire.

Une fois ces coordonnées connues, l'avocat du créancier poursuivant devra alors faire preuve de pédagogie.

Il semble indispensable de prendre alors contact avec le Notaire pour lui rappeler, en le lui communiquant, le cas échéant, l'existence du jugement d'orientation, en lui rappelant les dispositions de l'article 57 du décret du 25 juillet 2006, notamment en insistant sur l'information importante qu'il convient d'apporter à l'acquéreur sur le surcoût que représentera, à sa charge, le paiement des frais taxés, en sus du prix de vente.

Il conviendra, le cas échéant là encore, de lui communiquer l'ordonnance de taxe et de lui proposer de lui communiquer tout ou partie des pièces qui ont servi à l'élaboration du cahier des conditions de vente.

Il est également nécessaire de rappeler que le prix devra être consigné auprès du séquestre désigné dans le cahier des conditions de vente.

A ce sujet, il apparaît important de le prévoir dès la délivrance de l'assignation à l'audience d'orientation, en envisageant, dans le dispositif de l'assignation de demander au Tribunal de dire que le notaire devra consigner le prix de vente en un chèque établi à l'ordre du séquestre désigné dans le cahier des conditions de vente.

Si le Juge de l'Exécution reprend cette sollicitation dans son jugement d'orientation autorisant la vente amiable, le notaire en tiendra compte et la décision de justice s'imposera à lui.

Cette participation active de l'avocat permettra au Notaire d'avoir une connaissance de la situation juridique et évitera certaines difficultés qui ont pu être rencontrées en pratique, notamment lors de la signature de promesses de vente prévoyant un prix net vendeur inférieur au prix de vente minimum fixé par le Juge, en raison de la prise en considération de la commission d'agence.

D'où la nécessité, peut-être, d'organiser des rencontres entre les chambres régionales des notaires et les ordres des avocats pour envisager la marche à suivre dans ce type de situation.

Dans le cadre des prises de contact avec les notaires, il sera opportun également de leur rappeler que la procédure de distribution obéira aux règles des articles 107 et suivants du décret et que c'est le Juge de l'Exécution qui prononcera la radiation des inscriptions.

2- Les issues :

Si à l'audience à laquelle l'affaire est rappelée, la vente a été conclue, l'acte de vente dressé et signé, il conviendra de faire notifier auprès du Juge que le prix a été consigné auprès du séquestre désigné par le cahier des conditions de vente, que l'état ordonné des créances a été dressé et que les frais taxés ont été payés.

Il conviendra également de solliciter du Juge qu'il ordonne alors, comme le prévoit le texte, la radiation des inscriptions d'hypothèque et de privilège prises du chef du débiteur.

En pratique, dans les cas que j'ai eu à connaître, les notaires avec lesquels j'ai travaillé en faisant preuve de pédagogie, en amont, m'ont communiqué la preuve du récépissé de consignation, une copie de l'acte de vente, et j'ai personnellement préparé l'état des créances ordonné, déposé au Greffe quinze jours au moins avant l'audience de rappel.

Quant à la radiation des inscriptions et privilège et à l'effacement du commandement, la mention du jugement, en marge du commandement, le permet au regard des dispositions de l'alinéa 3 de l'article 58 du décret.

En revanche, si à cette date l'acte n'est pas signé, et que le notaire a besoin d'un temps supplémentaire pour compléter son dossier, sur justificatifs, le Juge de l'Exécution peut accorder un délai supplémentaire afin de permettre la rédaction et la conclusion de l'acte authentique et uniquement pour ça, dans un délai qui ne peut excéder trois mois.

En revanche, lors de cette nouvelle audience, ou si aucun justificatif ne permet le délai supplémentaire de trois mois, le Juge de l'Exécution ordonnera alors la vente forcée et fixera une date d'adjudication en vertu d'une décision qui ne pourra pas faire l'objet d'un appel.

Au surplus, le second alinéa de l'article 56 précise alors que toutes les sommes versées par l'acquéreur restent acquises au créancier si la vente n'est pas réalisée de son fait.

Cependant, comme l'a rappelé la circulaire, cette attribution ne peut pas faire échec à la faculté de rétractation d'ordre public, prévue par l'article L 271 – 2 du Code de la Construction et de l'Habitation, qui impose le remboursement de toutes sommes versées par l'acquéreur qui exerce cette faculté dans le délai imparti par le texte.

Bien sûr, se posera le problème de la publication de la vente car, bien que le texte de l'article 58 n'invite le Juge de l'Exécution qu'à constater la vente que lorsque les conditions sont remplies, cette constatation se rapproche d'une homologation.

Par conséquent, tant que le jugement n'est pas rendu, constatant que les conditions de la vente ont été respectées, la vente n'est pas réellement efficace.

Il est donc possible que les notaires préfèrent attendre la décision avant de procéder à la publication.

Toutefois, si l'acquéreur a financé cette acquisition par un crédit garanti par un privilège, il est important de faire coïncider les dates de signature de l'acte de vente à une date proche de l'audience de rappel, pour qu'à cette audience, le Juge soit invité à rendre une décision rapide pour permettre la prise du privilège dans les délais requis par les textes pour permettre une certaine efficacité.

Cela permettra au notaire de publier son acte de vente, auquel il pourra joindre une copie ou une expédition de la décision du Juge de l'Exécution autorisant la vente et la décision constatant la conformité de cette vente aux exigences fixées par la Loi et le Juge.

Quant à l'avocat, il procèdera à la publication du jugement ou du moins à sa mention en marge, pour permettre la radiation des inscriptions et privilèges.

CONCLUSION

La vente amiable apparaît bien comme une innovation majeure de la réforme.

Les premiers exemples pratiques permettent de constater que ce système est efficace, à la condition d'une étroite collaboration et d'une parfaite connaissance des droits et devoirs de chacun entre notaire et avocat.

Seul le succès de cette entente permettra aux ventes amiables d'être efficaces.

Cependant, il convient que tous les partenaires à la procédure respectent le texte et qu'à partir du moment où le commandement de saisie est publié, le tracé imposé par l'ordonnance du 21 avril 2006 et le décret du 27 juillet 2006 soit respecté.

Il apparaît frauduleux de permettre la réalisation d'une vente amiable postérieurement à un jugement d'orientation à un prix inférieur au prix minimum fixé par le Juge de l'Exécution et ce, même si l'ensemble des parties a donné son accord.

L'objectif des rédacteurs du texte était de protéger la partie saisie contre d'éventuelles manœuvres, cette protection n'existe plus dans ce cas de figure, même si juridiquement, elle peut paraître objectivement fondée.

LA DISTRIBUTION DU PRIX

Gilles-Antoine SILLARD
Trésorier adjoint de l'AAPPE
Avocat au Barreau de VERSAILLES

Apport principal du décret, la distribution confiée au créancier poursuivant est très peu réglementée.

106 articles réglementent la saisie, 20 la distribution dont **10** pour la **distribution amiable** articles 112 à 121, et **3** pour la **distribution judiciaire** articles 122 à 124, c'est dire le peu de cas réservé à la distribution judiciaire, et son caractère subsidiaire.

Je limiterai mon intervention à :

L'HOMOLOGATION DE LA DISTRIBUTION AMIABLE

Il s'agit de la **condition d'efficacité** du projet de distribution.

Après un préliminaire portant sur les **effets** soit **de l'absence d'opposition** au projet de distribution soit **de la signature** d'un procès verbal d'accord, je parlerai :

A). Des attributions du juge :

1. L'homologation « *contrôlée* »
2. L'homologation « *a minima* »

B). Des voies de recours contre la décision d'homologation :

1. Le recours contre un refus d'homologation
2. Le recours contre l'homologation prononcée

Il faut rappeler à **titre préliminaire** pour comprendre la logique du **processus de distribution** qu'à l'issue de la procédure, que ce soit :

1. par l'effet du projet de distribution non contesté ou
2. par l'effet de la signature du procès verbal d'accord,

La conséquence s'impose : **un contrat judiciaire a été formé** au sens de l'article 1304 du code civil.

« *Sous le nom de convention, l'article 1304 vise tous les actes qui constituent un accord tacite ou exprès de volonté d'où résulte une obligation* » : **Cass. civ II 20 octobre 1961.**

« *Si le silence ne vaut pas à lui seul acceptation, il n'en est pas de même lorsque les circonstances permettent de donner à ce silence la signification d'une acceptation* » voir Cass. civ. 1^{ère} 24 mai 2005 Dalloz 2006 1025, note Bensamoun.

En la matière, **ces circonstances** se déduisent nécessairement de l'article 116 qui dispose « *qu'à défaut de contestation dans le délai de quinze jours suivant la réception de la notification le projet est réputé accepté* ».

A) LES ATTRIBUTIONS DU JUGE

Le texte :

L'article 117 précise que « *les parties sollicitent l'homologation du projet de distribution par le juge* ».

Il doit être observé que les pouvoirs du juge, dans les matières de plus en plus nombreuses où le législateur a prévu une « *homologation* », **sont plus ou moins** étendus.

Une terminologie unique dissimule en réalité des régimes distincts.

Ils peuvent aller d'un simple contrôle formel jusqu'à un rôle moteur vers une solution négociée, c'est ce qu'on peut appeler l'homologation « contrôlée » ou l'homologation « a minima » :

1. L'homologation « contrôlée »

C'est le cas principalement en matière de droit des personnes où le juge est chargé d'effectuer un contrôle sur la façon dont les individus exercent leur liberté contractuelle et de veiller au respect de l'ordre public, ainsi en matière de :

- changement de régime matrimonial art. 1300-4 CPC et art. 1397 C. civ. où le juge s'assure de l'intérêt de la famille,
- divorce où il est précisé que « *si la convention lui paraît protéger insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux, le juge peut refuser de l'homologuer* » art. 1100 CPC .

2. L'homologation « a minima »

Le juge est « *témoin* » de la conclusion d'un contrat.

Les cas d'un contrôle « a minima », où l'intervention judiciaire se limite à une simple constatation du contrat intervenu entre les parties, sont variés, ils existent notamment en matière de :

- Conciliation, *art. 832-8 CPC*,
- Médiation, *art. 131-12 CPC*,
- Transaction, *art. 1441-4 CPC*,
- Surendettement, *art. 332-1 du Code de la consommation*.

En ce qui concerne la procédure de distribution, elle entre incontestablement dans cette seconde catégorie.

L'article 117 al. 2 relatif au projet non contesté dispose que :

« *La requête à peine d'irrecevabilité doit être formée **dans les 15 jours** » à compter de l'expiration du délai de 15 jours pour former contestation, et que « le juge de l'exécution confère force exécutoire au projet de distribution, **après avoir vérifié** que tous les créanciers parties à la procédure et le débiteur **ont été en mesure** de faire valoir leurs contestations ou réclamations dans les délais prévus ».*

L'article 119 al 2 relatif au procès verbal d'accord dispose que « *le juge de l'exécution confère force exécutoire au procès verbal d'accord **après en avoir vérifié la régularité*** ».

Cette conception d'une homologation « a minima » est également partagée par Monsieur PANSIER, Juge de l'exécution, qui au Dalloz 2007 n° 4 p. 256 énonce que :

« *L'homologation **est une vérification de pure forme** : le juge de l'exécution doit se soucier que la procédure a été respectée et que notamment les parties ont eu loisir de contester l'état de distribution. C'est davantage un contrôle procédural qu'une vérification comptable ou juridique de la distribution* ».

La conclusion s'impose :

Dès lors qu'il ne le tient pas de la loi, le juge n'a pas le pouvoir de procéder à la révision de l'accord de distribution.

Ce n'est pas pour autant que la force exécutoire puisse être distribuée « *comme une barre de chocolat dans une machine à sous* » pour reprendre l'expression de Monsieur Perrot.

Le juge, même dans le cas d'un contrôle « a minima » devra contrôler « *sa conformité apparente avec **l'ordre public*** ».

Cependant la Cour de cassation a confirmé que le juge **ne peut soulever** d'office un moyen de droit ne relevant que de l'**ordre public de protection** : Cass. com. **3 mai 1995**.

B) QUELLES VOIES DE RECOURS CONTRE LA DECISION D'HOMOLOGATION

La circulaire d'application du 14 novembre 2006 dispose en son article 5-3.2.3 que « *Un pourvoi immédiat contre la décision homologuant le projet ou le procès verbal est possible en vertu de l'article 606 du code de procédure civile. En cas de refus d'homologuer le projet de distribution ou le procès verbal d'accord, il convient d'introduire la distribution judiciaire* ».

Cette solution, qui a l'avantage de la simplicité, ne semble cependant pas correspondre aux principes généraux de la matière.

Le décret du 27 juillet 2006 est muet sur cette question ou plus précisément il comporte seulement les deux dispositions suivantes :

L'article 121 dernier alinéa, qui précise que **l'appel est interdit** :

« L'ordonnance statuant sur la requête n'est pas susceptible d'appel ».

L'article 122 qui prévoit qu'**en cas d'absence** de procès verbal d'accord revêtu de la formule exécutoire, la partie poursuivante **saisit le juge** sur la base d'un procès verbal lui exposant les difficultés rencontrées.

Devant **ce silence**, la réponse des voies de recours dépend donc de la question de savoir **ce qu'est juridiquement** cette ordonnance autorisant ou refusant de « **conférer force exécutoire** » soit au projet soit au procès verbal d'accord.

Il s'agit d'une question processuelle **très délicate** et largement commentée ces dernières années notamment à propos de l'ordonnance rendue en application de l'article 1441-4 du CPC qui confère à la **transaction force exécutoire**.

Il est en tous cas permis de penser, le juge n'ayant pas dit le droit, qu'il s'agit d'un **acte judiciaire non juridictionnel** en raison de l'absence de litige.

Pour autant l'ordonnance doit-elle être classée dans la **catégorie de la procédure gracieuse** ?

Sans entrer dans ce **débat** qui dépasserait cet exposé, la solution concernant les voies de recours pourrait découler de la **position de principe** adoptée par la Cour de cassation dans son arrêt **du 24 mai 2007** Cass. civ. II n° 06-11.259.

La Cour a en effet dit au sujet de l'ordonnance rendue en application de l'article 1441-4 pour laquelle de nombreuses similitudes existent, qu'il s'agit « *d'une ordonnance sur requête **au sens de l'article 812 du CPC soumise aux recours prévus par l'article 496 du même code*** ».

Toutefois une **raison essentielle réfute le parallèle** avec une ordonnance sur requête au sens de l'article 812.

C'est en effet **l'interdiction expresse d'appel** prévue à l'article 121.

Cette interdiction de l'appel est incontournable et **elle ruine la solution retenue** par la Cour de cassation.

En effet l'article 496 du CPC prévoit une alternative :

- Soit il n'est **pas fait droit** à la requête et en ce cas **l'appel** est autorisé
- Soit il **est fait droit** à la requête et en ce cas une **demande en rétractation est ouverte**.

Or l'article 496 est un tout et il ne peut être appliqué que pour partie.

Quelle peut donc être la solution ?

Il convient en réalité pour ce faire de revenir aux **principes directeurs de la matière** à savoir :

- L'**existence d'un contrat** et
- L'**absence d'activité de nature juridictionnelle**
- L'**interdiction d'appel**

Dès lors **deux hypothèses** sont susceptibles de se présenter selon que **l'ordonnance confère ou non force exécutoire**.

1. Le recours contre l'homologation prononcée

En ce cas un recours sous forme **d'action principale en nullité** est donc ouvert pour l'ensemble des causes de nullités énumérées à l'article 1108 du code civil et les causes tirées de la procédure.

On retrouve du reste la logique du régime applicable par exemple au cas d'une décision d'adjudication d'un immeuble sur saisie lorsque le tribunal ne statue sur aucun incident - Cass.civ 24 avril 1976 n°74-15068.

2. Le recours contre un refus d'homologation

La solution dépendra directement des motifs du refus : soit ils proviendront **de la procédure elle-même** soit ils y seront étrangers.

a. Motifs **tirés de la procédure** :

Le décret **n'évoque pas** l'hypothèse d'un rejet de la requête, cependant si le rejet est motivé par un non respect de la procédure on peut naturellement penser à la compétence du Juge de l'exécution même si les articles 122 et 124 **ne lui donnent compétence** pour établir l'état des répartitions **qu'à défaut** de procès verbal d'accord ou à défaut de diligences de la partie poursuivante.

b. Motifs **extérieurs à la procédure** :

Si le refus n'est pas motivé ou intervient en raison d'un **motif extérieur** à la procédure, il faut considérer que le juge aura alors **statué hors ses attributions** et par **excès de pouvoir** ouvrant par conséquent la voie de **l'appel en nullité** « subsidiaire » pour le distinguer de l'appel nullité « ordinaire » sous réserve encore que cette voie de recours puisse être contestée en son principe, dès lors qu'un pourvoi pour excès de pouvoir est toujours ouvert devant la Cour de cassation.

Nul doute que les débats ne sont pas clos et que des désaccords vont surgir en doctrine ou en jurisprudence mais cette analyse permet à ce jour de répondre aux interrogations des praticiens face aux imprécisions du décret du 27 juillet 2006 et de **proposer une solution ou une piste** dans le sens de la **finalité poursuivie** par le législateur à savoir **favoriser le mode conventionnel de résolution** des litiges, **accélérer les paiements**, et ainsi répondre, pour reprendre l'expression du président Pansier, aux vœux du législateur « **qui a construit un système pareil à un cheval au galop** ».

LES SURETES ET LES PROCEDURES COLLECTIVES

LES NOUVEAUX MODES DE REALISATION FACE A LA LOI DE SAUVEGARDE

Patrick CANET

Professeur à l'Université de CERGY PONTOISE
Mandataire Judiciaire

Introduction :

Les innovations légales de 2005 à 2007 favorisent-elles la réalisation de sa sûreté par le créancier ?

1 – La fiducie place-t-elle le patrimoine fiduciaire à l'abri de la procédure collective du constituant ?

1-1 Rappel du mécanisme général favorable au fiduciaire

1-2 La procédure collective du constituant peut-elle appréhender le patrimoine fiduciaire ?

1-2-1 La nullité de plein droit du transfert de biens ou droits dans un patrimoine fiduciaire

- 1-2-1-1 En l'état du Livre VI du Code de commerce (art. L. 632-1 9°)
- 1-2-1-2 Au vu du projet d'ordonnance portant diverses dispositions en faveur des entreprises en difficulté (art. L. 632-1 modifié, 9° et 10°)

1-2-2 La résiliation du contrat de fiducie (règles des contrats en cours)

- 1-2-2-1 En l'état du livre VI du Code de commerce
- 1-2-2-2 Au vu du projet d'ordonnance (sauvegarde et redressement judiciaire : art. L. 622-13 modifié, 5° ; liquidation judiciaire : art. L. 641-11-1 nouveau ; art. L. 641-12-1 nouveau).

2– Le pacte comissoire permet-il, en liquidation judiciaire, l'attribution de l'immeuble au créancier titulaire d'une hypothèque conventionnelle ?

- 2-1 Rappel de la levée de la prohibition du pacte comissoire par l'article 2459 du Code civil
- 2-2 La procédure collective du débiteur interdit la conclusion ou la réalisation d'un pacte comissoire (L. 622-7, L. 631-14, L. 641-3)
- 2-3 La procédure collective peut-elle remettre en cause la réalisation antérieure d'un pacte ?
 - 2-3-1 La nullité de droit de la dation en paiement, mode anormal de paiement (art. L. 632-1 4°)
 - 2-3-2 L'éventuelle nullité facultative (art. L. 632-2, al. 1)

3– L'attribution judiciaire de l'immeuble est-elle réalisable en liquidation judiciaire ? (à l'image de l'attribution judiciaire du gage de l'article L. 642-25)

- 3-1 Le principe de l'attribution judiciaire de l'immeuble de l'article 2458 du Code civil
- 3-2 L'impossible attribution judiciaire de l'immeuble sous liquidation judiciaire ?
 - 3-2-1 Les arguments connus
 - 3-2-2 Des arguments supplémentaires défavorables
 - 3-2-2-1 L'attribution judiciaire, poursuite individuelle arrêtée (art. L.633-31)
 - 3-2-2-2 Le jugement d'attribution judiciaire interdit d'inscription à la publicité foncière (art. L. 622-30)
 - 3-2-2-3 La liquidation judiciaire, nouvelle procédure de cession de l'entreprise.

INTRODUCTION :

Deux modes de réalisation traditionnels des sûretés coexistent en cas d'ouverture d'une procédure collective du débiteur :

- un premier mode consiste à ce que le produit de la réalisation du bien grevé soit réparti en conformité avec l'ordre légal, par le mandataire de justice (liquidateur, commissaire à l'exécution du plan). Généralement, la réalisation du bien sera assurée par le mandataire de justice sur décision du juge de la procédure collective, parfois par le créancier (*article L. 643-2*).
- un deuxième mode consiste, en rupture du principe d'égalité des créanciers, et donc de l'ordre légal, à aboutir à un paiement préférentiel du créancier lorsqu'il bénéficie de certaines sûretés ou droits ; quelques exemples : attribution judiciaire du gage, droit de rétention, pensions alimentaires, cession Dailly etc..

Les réformes récentes (*loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 ; ordonnance du 23 mars 2006 ; loi du 19 février 2007*) provoquent deux questions :

- en quoi les innovations légales de 2005, 2006 et 2007 permettent-elles d'optimiser la situation du créancier privilégié face à la procédure collective ? (La fiducie permettrait d'appauvrir le patrimoine du débiteur. Le pacte comissoire soustrait l'immeuble à la procédure collective. Le créancier hypothécaire peut-il se voir attribuer l'immeuble – à l'image traditionnelle du gagiste - ?).
- en quoi les innovations légales auraient-elles pu dégrader la situation du créancier (l'axe de la loi du 26 juillet 2005 étant donc principalement la « sauvegarde » de l'entreprise, subsidiairement la réalisation simplifiée des actifs en liquidation judiciaire). Je vous renvoie donc à la doctrine publiée, très fournie, des civilistes comme des faillitistes, laquelle entrevoit des difficultés éventuelles quant à l'efficacité, par exemple, du droit de rétention.

La question centrale à laquelle nous devons tenter de répondre, reste la première : les innovations légales de 2005 à 2007 favorisent-elles la réalisation de sa sûreté par le créancier ? (c'est-à-dire une réalisation par le créancier - non par la procédure collective - et à son profit exclusif ou prioritaire).

1 – LA FIDUCIE PLACE-T-ELLE LE PATRIMOINE FIDUCIAIRE A L'ABRI DE LA PROCEDURE COLLECTIVE DU CONSTITUANT ?

1-1 Rappel du mécanisme général favorable au fiduciaire

Le mécanisme de la fiducie permet donc la sortie d'un immeuble du patrimoine du débiteur vers un patrimoine fiduciaire censé être inatteignable par les créanciers du constituant, puis par sa procédure collective.

Encore faut-il redire ici que la loi du 19 février 2007 a été critiquée (P. Crocq, *Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés*, D. 2007, chr. P. 1354) pour régir indistinctement fiducie-gestion et fiducie-sûreté ; ainsi est nul de plein droit en période suspecte le contrat de fiducie quelle qu'en soit la vocation.

En réponse, le projet d'ordonnance, portant diverses dispositions en faveur des entreprises en difficulté, laisse entrevoir un renforcement de la fiducie-sûreté, mais également une paralysie de la fiducie-gestion face à la procédure collective.

1-2 La procédure collective du constituant peut-elle appréhender le patrimoine fiduciaire ?

La procédure collective dispose potentiellement de deux outils de neutralisation : l'action en nullité de la période suspecte et la résiliation du contrat de fiducie en cours.

1-2-1 La nullité de plein droit du transfert de biens ou droits dans un patrimoine fiduciaire

- 1-2-1-1 En l'état du Livre VI du Code de commerce (art. L. 632-1 9°)

La loi du 19 février 2007 a ajouté aux cas de nullités de droit de la période suspecte un neuvième acte :

« ...9° Tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire en application des articles 2011 et suivants du Code civil... » (art. L. 632-1).

C'est dire vierge de tout reproche le contrat de fiducie passé 18 mois et 1 jour avant le jugement ouvrant la procédure collective, et « excommunié », puisque soupçonné de fraude, tout contrat signé le lendemain !

- 1-2-1-2 Au vu du projet d'ordonnance portant diverses dispositions en faveur des entreprises en difficulté (art. L. 632-1 modifié, 9° et 10°)

L'article 96 du projet d'ordonnance remplace le 9° de l'article L. 632-1 par les dispositions suivantes :

« 9° Tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire, à moins que ce transfert ne soit intervenu à titre de garantie d'une dette concomitamment contractée : »

Est ainsi validée en période suspecte la fiducie-sûreté.

Le même article 96 insère un 10° ainsi rédigé :

« Tout acte affectant des droits ou biens présents dans un patrimoine fiduciaire à la garantie de dettes antérieurement contractées autres que celles mentionnées dans le contrat de fiducie. ».

Est ainsi nulle de plein droit la fiducie créée ou modifiée pour garantir des dettes antérieurement contractées. Le projet d'ordonnance se place ici dans la ligne traditionnelle du 6° de l'article L. 632-1 (« ... *tout droit de nantissement ou de gage constitué sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées ;...* »).

1-2-2 La résiliation du contrat de fiducie (règles des contrats en cours)

Le contrat est-il un contrat en cours soumis à l'option de la résiliation par le mandataire de justice ?!

▪ 1-2-2-1 En l'état du livre VI du Code de commerce

Les premiers commentateurs apparaissent unanimes. Alors que la liquidation judiciaire du fiduciaire met fin de plein droit au contrat de fiducie (C. civ. Art. 2029), la procédure collective du constituant ne permet pas de considérer « en cours » le contrat de fiducie, avec les risques de résiliation y attachés ; il ne s'agit pas d'un contrat à exécution successive : le constituant n'a plus – par hypothèse - d'obligation à sa charge ; de plus il a exécuté l'objet essentiel du contrat : le transfert de propriété au patrimoine fiduciaire.

▪ 1-2-2-2 Au vu du projet d'ordonnance (sauvegarde et redressement judiciaire : art. L. 622-13 modifié, 5° ; liquidation judiciaire : art. L. 641-11-1 nouveau et art. L. 641-12-1 nouveau).

▫ 1-2-2-2-1 En sauvegarde ou redressement judiciaire

S'il y avait hésitation sur la qualification de « contrat de fiducie en cours », le projet d'ordonnance la balaie en son article 15. Il modifie l'article L. 622-13 en son neuvième alinéa (actuellement le septième) :

« Elles [les dispositions de l'article L. 622-13] ne concernent pas non plus le contrat de fiducie qui a transféré des biens ou droits du débiteur constituant à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire, à l'exception de la convention en exécution de laquelle le débiteur conserve l'usage ou la jouissance de ces droits ou biens. ».

La fiducie-sûreté est ici placée à l'abri de la résiliation par la procédure collective, sauf si le débiteur conserve usage et jouissance des droits ou biens transférés :

- soit la procédure collective analysera douteuse (contraire aux intérêts de l'entreprise et de la collectivité des créanciers), voire frauduleuse une telle fiducie ; elle optera alors pour la résiliation ;

- soit la poursuite de l'activité et la présentation d'un plan inviteront à maintenir le débiteur dans ses droits au contrat de fiducie.

▫ 1-2-2-2-2 En liquidation judiciaire

Un article L. 641-11-1 est créé en complément de l'actuel alinéa 2 de l'article L. 641-10 qui, rappelons le, dispose : « *Le liquidateur administre l'entreprise. Il a la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours et exerce les prérogatives conférées à l'administrateur judiciaire par l'article L. 622-13.* ».

Cette création a, en particulier, pour but d'instituer un neuvième alinéa consacré au contrat de fiducie, à la portée différente de celle de son « homologue » de l'article L. 622-13 :

« Les dispositions du présent article ne concernent pas les contrats de travail. Elles sont également inapplicables au contrat de fiducie qui a transféré des biens ou droits du débiteur constituant à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire. Il en va de même pour la convention en exécution de laquelle le débiteur constituant conserve l'usage ou la jouissance de ces biens ou droits. ».

Désormais et comme la sauvegarde et le redressement judiciaire, la liquidation judiciaire ne peut espérer atteindre la fiducie-sûreté. Par contre, la liquidation judiciaire n'aura pas – comme la période d'observation – la faculté de poursuivre le contrat qui conserve au débiteur l'usage ou la jouissance des biens ou droits.

En effet, en liquidation judiciaire, il n'est plus question de perspective de plan de sauvegarde ou de redressement.

De surcroît, l'article 111 du projet d'ordonnance introduit un nouvel article L. 641-12-1 :

« Si le débiteur est constituant et seul bénéficiaire d'un contrat de fiducie, l'ouverture ou le prononcé d'une liquidation judiciaire à son égard entraîne la résiliation de plein droit de ce contrat et le retour des droits, biens ou sûretés présents dans le patrimoine fiduciaire. ».

Le contrat de fiducie-gestion cède devant la liquidation judiciaire, donc l'intérêt collectif des créanciers en l'absence de plan.

2 – LE PACTE COMMISSOIRE PERMET-IL, EN LIQUIDATION JUDICIAIRE, L'ATTRIBUTION DE L'IMMEUBLE AU CREANCIER TITULAIRE D'UNE HYPOTHEQUE CONVENTIONNELLE ?

2-1 Rappel de la levée de la prohibition du pacte commissoire par l'article 2459 du Code civil

Il est ici inutile de présenter à nouveau ce qui l'a déjà été par les spécialistes de la matinée de ce colloque.

2-2 La procédure collective du débiteur interdit la conclusion ou la réalisation d'un pacte commissoire (L. 622-7, L. 631-14, L. 641-3)

L'ordonnance du 23 mars 2006 a donc modifié le livre VI du Code de commerce en ajoutant aux effets du jugement d'ouverture de la procédure collective – sauvegarde, redressement judiciaire ou liquidation judiciaire – l'interdiction de conclure un pacte ou de réaliser celui conclu antérieurement.

2-3 La procédure collective peut-elle remettre en cause la réalisation antérieure d'un pacte ?

2-3-1 La nullité de droit de la dation en paiement, mode anormal de paiement (art. L. 632-1 4°)

L'article L. 632-1 4° permettrait d'annuler la réalisation du pacte qui s'analyse traditionnellement en une dation en paiement d'une dette hypothécaire ; soit un mode de paiement qui ne peut être considéré comme un mode de paiement « communément admis dans la vie des affaires »... que dans la seule vie des affaires justement : est donc nul le pacte réalisé sur un immeuble dépendant d'un patrimoine civil.

2-3-2 L'éventuelle nullité facultative (art. L. 632-2, al. 1)

Si le créancier hypothécaire a eu connaissance de la cessation des paiements au moment de la réalisation du pacte, sa nullité est encourue. Justement, le pacte est conçu pour parer à la défaillance du débiteur...

3 – L'ATTRIBUTION JUDICIAIRE DE L'IMMEUBLE EST-ELLE REALISABLE EN LIQUIDATION JUDICIAIRE ? (A L'IMAGE DE L'ATTRIBUTION JUDICIAIRE DU GAGE DE L'ARTICLE L. 642-25)

3-1 Le principe de l'attribution judiciaire de l'immeuble de l'article 2458 du Code civil

A l'image du gage (C. civ. art. 2347.) et du nantissement (C. civ. art. 2365.), les hypothèques permettent désormais l'attribution judiciaire de l'immeuble en pleine propriété (C. civ. art. 2458) hors la résidence principale. Le Code civil la propose comme une faculté donnée au créancier, alternative à la saisie immobilière.

On remarquera que l'intelligence de l'article 2458 s'entend en dehors de toute procédure collective du débiteur puisque l'attribution judiciaire y est présentée comme étant l'alternative, à la seule exécution forcée (*« A moins qu'il ne poursuive la vente du bien hypothéqué selon les modalités prévues par les lois sur les procédures civiles d'exécution... »*).

Il n'en demeure pas moins que la doctrine débat de l'application de l'attribution judiciaire de l'immeuble au débiteur liquidé.

3-2 L'impossible attribution judiciaire de l'immeuble sous liquidation judiciaire ?

L'attribution judiciaire du gage en liquidation judiciaire est une faculté traditionnelle régie par le livre VI du Code de commerce (art. L. 642-25 ; anc. art. L. 161 loi 25 janv.1985).

3-2-1 Les arguments connus

Les partisans de son extension à l'immeuble mettent en avant :

- le fait que la réforme des sûretés ait expressément prévu la neutralisation du pacte comissoire – attribution conventionnelle de l'immeuble – en cas de procédure collective ; alors que l'ordonnance du 23 mars 2006 est restée silencieuse pour l'attribution judiciaire de l'immeuble.
- par une approche téléologique, la nécessité que les innovations résultant de la réforme des sûretés, puissent, sauf disposition spéciale du livre VI du Code de commerce, avoir leur pleine efficacité au moment de leur raison d'être, la défaillance du débiteur.

Les partisans de la domination du caractère collectif de la procédure de liquidation judiciaire opposent à l'attribution judiciaire :

- l'article 2287 du Code civil, articulation centrale entre la loi de sauvegarde et le Code civil issu de l'ordonnance relative aux sûretés :

« Les dispositions du présent livre ne font pas obstacle à l'application des règles prévues en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire... ».

C'est ici confirmer, le principe de primauté du droit des procédures collectives, l'ordre public spécial qui gouverne l'entreprise en difficulté s'imposant nécessairement au Code civil. A quelles « règles » faut-il se référer ? Aux modes de réalisation de l'immeuble régis par le livre VI du Code de commerce, strictement délimités par la Chambre commerciale. Ainsi :

« A compter du jugement d'ouverture de la procédure collective, le patrimoine du débiteur ne peut être cédé que selon les règles d'ordre public applicables au redressement judiciaire ou à la liquidation judiciaire des entreprises en difficulté ». (Cass. Com. 12 juil. 2005 N° 03-14809. Bull. Joly. 2006, p. 36, note P. Le Cannu).

- la règle de l'interdiction des paiements que l'attribution judiciaire viole à défaut d'être expressément prévue.
- l'article 2427 al. 3 du Code civil est également avancé (J-P Brill, L'incidence de la réforme des sûretés sur le droit des procédures collectives, Colloque IFPPC, Strasbourg, septembre 2006) comme obligeant l'hypothèque aux effets régis par la procédure collective : *« En cas de ... procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ... l'inscription des privilèges et hypothèques produit les effets réglés par les dispositions ... des titres II, III ou IV du livre sixième du Code de commerce ».*
- la Cour de cassation a, antérieurement aux réformes, mais récemment, dit que l'attribution judiciaire pour un meuble n'est pas régie par le Code de commerce pour un immeuble. (Cass. 3^{ème} civ., 23 oct. 2002, n° 98-18.109, Bull. civ., IV, n° 209 ; JCP G. 2003, I, p. 113, n° 7, note M. Cabrillac). Mais on se souvient aussi de l'arrêt de l'Assemblée plénière (Ass. Plén. 26 oct. 1984, D. 1985, p. 33, note Derrida) qui avait fait bénéficier l'attribution judiciaire du gage au nantissement sur matériel et outillage. Faut-il en conclure que l'attribution n'est accueillie qu'à la condition d'être régie par le Code de commerce ?

3-2-2 Des arguments supplémentaires défavorables

- 3-2-2-1 L'attribution judiciaire, poursuite individuelle arrêtée (art. 622-21)

Elle constitue un mode de réalisation mais également un mode de poursuite qui contrecarre la règle de l'arrêt des poursuites individuelles au jour du jugement d'ouverture (art. L 622-21 ; V. en ce sens, J-L. Vallens, *Revue Lamy Droit des affaires*, juil. 2006, p. 75 ss.). L'attribution judiciaire est habituellement analysée comme une dation en paiement ; elle résulte bien d'une demande judiciaire en paiement, arrêtée par le jugement d'ouverture.

- 3-2-2-2 Le jugement d'attribution judiciaire, interdit d'inscription à la publicité foncière (art. L. 622-30)

L'article L. 622-30 interdit l'inscription postérieure au jugement d'ouverture, des actes et décisions judiciaires translatifs ou constitutifs de droits réels. Or, la transcription à la publicité foncière d'un jugement qui attribuerait l'immeuble au créancier hypothécaire, constituerait bien l'inscription d'un jugement translatif de droit réel.

- 3-2-2-3 La liquidation judiciaire, nouvelle procédure de cession de l'entreprise

La procédure de liquidation judiciaire est devenue depuis 2006 le réceptacle de la « cession d'entreprise – plan de cession ». L'activité peut y être poursuivie six mois. On voit mal la Cour de cassation ou le législateur accepter que s'y multiplient les réalisations individuelles des sûretés immobilières.

LA REALISATION FORCEE DE L'IMMEUBLE DANS LA LOI DE SAUVEGARDE

Alain PROVANSAL
Président de l'AAPPE
Avocat au Barreau de MARSEILLE

INTRODUCTION

La réalisation par un créancier se distingue ici de la réalisation par l'ensemble des créanciers représentés par un mandataire de justice.

Les réalisations sont alors soit successives, soit substitutives, soit exclusives.

La procédure collective ouverte va ou non suspendre définitivement, arrêter ou rendre vaine la procédure d'exécution immobilière engagée par un créancier et conduire ou non à une procédure de réalisation propre.

Les deux procédures pourraient procéder d'une même logique et la jurisprudence n'a pas mis longtemps à harmoniser la Loi du 25 janvier 1985 et le décret loi de 1938 sur la saisie immobilière. Avec quelques incohérences ayant l'avantage du pragmatisme le débiteur était encore présent devant le Juge de la saisie comme il l'est obligatoirement devant le Juge Commissaire et bénéficie d'une audience certes éventuelle de contestation mais qui pouvait se concrétiser bien que son droit propre fût limité.

Quant au créancier garanti contre l'inactivité du liquidateur par la possibilité de reprendre sa procédure déjà engagée là où elle en était ou celle de requérir lui-même le Juge Commissaire pour ordonner la vente, il bénéficiait soit d'une procédure de saisie immobilière, soit d'une procédure de vente comme bien dépendant de la liquidation judiciaire.

Ces dernières dispositions n'ont pas été bouleversées par la réforme de la Loi de sauvegarde mais par contre la vente des biens en liquidation judiciaire comme en matière de saisie immobilière qui a été la recopie servile des anciens textes l'a été avec des œillères qui empêchèrent de voir la réforme de la saisie immobilière pourtant en cours d'élaboration d'où un certain décalage.

Nous aborderons le plus facile par le point de vue du créancier unique pour aborder ensuite le point de vue de tous les créanciers représentés par le mandataire judiciaire.

I – POURSUITE PAR UN SEUL CREANCIER

Là il faut suivre deux étapes :

- ⇒ la première est celle dans laquelle le créancier a engagé une saisie immobilière avant le jugement d'ouverture de la procédure collective ;
- ⇒ la seconde qui préfigure le col des difficultés est celle dans laquelle le créancier agit aux lieu et place du mandataire inactif.

Mais le prologue est de savoir quel est ce créancier exactement.

Prologue : le créancier titulaire d'un privilège spécial, d'un nantissement ou d'une hypothèque et le Trésor Public pour ses créances privilégiées peuvent, dès lors qu'ils ont déclaré leurs créances, même s'ils ne sont pas encore admis, exercer leur droit de poursuite individuelle si le liquidateur n'a pas entrepris la liquidation des biens grevés dans les trois mois du jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire (L 643-2 Code de Commerce).

Il ne s'agit donc pas de n'importe quel créancier saisissant. Le liquidateur doit par contre rester inactif.

A - LE CREANCIER QUI REPREND LES POURSUITES DEJA ENGAGEES

Ce sont encore les dispositions de l'article L 643-2 du Code de Commerce.

Du fait de la survenance du jugement d'ouverture ce créancier a dû suspendre ses poursuites.

Et il ne peut qu'attendre le bon vouloir du liquidateur pour éventuellement reprendre lesdites poursuites.

1. La conservation du bénéfice des actes effectués

Le créancier a engagé des poursuites et va donc aux termes de la Loi conserver le bénéfice des actes délivrés c'est-à-dire :

- ♦ le commandement de payer valant saisie,
- ♦ l'assignation du débiteur et la dénoncé aux créanciers inscrits,
- ♦ le cahier des conditions de vente pour ce qui n'est pas contraire à la Loi de sauvegarde,
- ♦ le jugement d'orientation qui ordonnerait la vente forcée.

Si le jugement d'orientation ordonne la vente amiable la décision n'en appartiendra pas moins au Juge Commissaire.

2. La nécessité de s'adresser au Juge Commissaire

Le créancier ne peut reprendre ses poursuites à partir du dernier acte valablement délivré avant l'ouverture de la procédure collective et en tout état de cause en raison de celle-ci il doit s'adresser au Juge Commissaire :

- pour que celui-ci fixe la mise à prix en accord avec lui, la baisse éventuelle, les conditions essentielles de la vente, ce qui devra faire l'objet d'une modification éventuelle du cahier des conditions de vente qui aurait été déposé,
- pour que soit éventuellement ordonnée une vente de gré à gré même si un jugement d'orientation ordonnait une vente forcée ou une vente par adjudication amiable. Il y a hiérarchisation des Juges (voir Patrick CANET Revue des Procédures Collectives janvier, février, mars 2008).

Ce créancier qui reprend les poursuites déjà engagées va devoir cependant, en raison de l'ordre public attaché à la loi de sauvegarde, renoncer à la clause de séquestre du prix qui aurait pu être inscrite dans son cahier des conditions de vente au profit de la CAISSE DES DEPOTS ET CONSIGNATIONS au compte ouvert à la liquidation judiciaire par le mandataire ; ce créancier va devoir également renoncer à la distribution du prix au profit de la répartition par le mandataire liquidateur dans le cadre de la confection d'un état de collocation.

B - LE CREANCIER QUI SUPPLEE L'INACTIVITE DU MANDATAIRE JUDICIAIRE

Ce n'est pas un jugement de valeur des qualités respectives des acteurs de ce drame que nous émettons.

C'est le constat que très souvent le créancier qui a une garantie conventionnelle ou judiciaire possède tous les renseignements sur les immeubles du débiteur alors que le liquidateur lors du jugement d'ouverture en possède fort peu sauf participation active rare du débiteur.

1. Qu'est-ce que l'inactivité ?

C'est le fait pour le liquidateur de ne pas avoir entrepris dans les trois mois du prononcé ou de l'ouverture de la liquidation judiciaire la réalisation des biens immeubles par ailleurs grevés.

Reste à savoir ce que veut dire le mot "entreprendre". A ce sujet la jurisprudence est variée et variable car c'est une véritable question de fait.

L'on peut dire que l'inactivité ce n'est pas de ne pas avoir vendu mais c'est de ne pas avoir commencé l'exécution ou c'est de l'avoir arrêtée (par exemple laisser sans suite une ordonnance du Juge Commissaire nommant un expert pour évaluer l'immeuble, une ordonnance désignant un huissier pour un constat).

C'est la raison pour laquelle très souvent le mandataire, même s'il n'a pas les renseignements nécessaires pour la publication de l'ordonnance qui remplacera un commandement de saisie, devra solliciter le principe de la modalité de la vente du Juge Commissaire quitte ensuite à obtenir une ordonnance rectificative permettant la publicité foncière.

Il faut dire aussi que très souvent les procédures collectives sont exsangues et que si le liquidateur veut avoir des renseignements il les aura soit par les déclarations des créanciers hypothécaires, soit par le Trésor Public qui appellera la taxe foncière mais ce n'est qu'une fois par an, soit, mais il lui faut à ce moment-là des fonds, par des recherches qu'il ferait au cadastre et aux Hypothèques pour autant encore qu'il ait l'état-civil complet du débiteur et sachant qu'il y a 375 Conservations des Hypothèques en France et qu'il faut se limiter au domicile et au lieu de naissance du débiteur, et éventuellement au lieu de naissance de ses parents pour avoir les immeubles successoraux.

2. Qu'est-ce que suppléer ?

Le créancier en l'espèce n'a pas engagé de poursuites avant l'ouverture de la procédure collective mais il bénéficiait d'une inscription et il peut alors se substituer au mandataire liquidateur inactif pour requérir du Juge Commissaire l'autorisation de vendre selon les modalités que celui-ci fixera c'est-à-dire :

- soit selon les règles de la vente aux enchères avec fixation de la mise à prix et de la baisse éventuelle des conditions de publicité et conditions de la vente,
- soit par une vente de gré à gré avec la fixation du prix minimal et de l'acheteur.

Mais là on rejoint déjà la réalisation des actifs immobiliers par le liquidateur lui-même qui dispose de plus de pouvoirs sur plus d'immeubles outre la priorité dans le temps dont il bénéficie pendant trois mois au moins grâce à la Loi.

Et les difficultés d'articulation de la Loi de sauvegarde et de la saisie ou des règles de vente amiable vont pouvoir être abordées.

II – POURSUITE PAR TOUS LES CREANCIERS

Ils sont représentés au même titre que le débiteur par un organe de la procédure collective qui est le mandataire judiciaire devenu liquidateur.

Celui-ci a deux moyens d'agir :

- ⇒ la technique du coucou par subrogation dans les poursuites d'un créancier saisissant antérieur,
- ⇒ l'attaque frontale par l'engagement de la technique de réalisation en dehors de toute procédure préalable.

Mais là les articulations entre la saisie immobilière et les textes de la sauvegarde deviennent complexes et méritent une mention spéciale.

A – LE LIQUIDATEUR SE SUBROGE

Aux termes de l'article L 642-18 du Code de Commerce : "*lorsqu'une procédure de saisie immobilière engagée avant l'ouverture de la sauvegarde, de redressement judiciaire ou de la liquidation judiciaire a été suspendue par l'effet de cette dernière, le liquidateur peut être subrogé dans les droits du créancier saisissant pour les actes que celui-ci a effectués, lesquels sont réputés accomplis pour le compte du liquidateur qui procède à la vente des immeubles, la saisie immobilière peut alors reprendre au stade où elle a été suspendue*".

1. Les cas de subrogation

- ♦ l'existence préalable d'une saisie par un créancier quelconque et non seulement un créancier inscrit,
- ♦ ce n'est qu'une faculté offerte au liquidateur qui devra, à peine de sa responsabilité, l'exercer si le créancier saisissant est chirographaire mais qui pourra laisser reprendre la poursuite par un créancier inscrit conformément à ce que l'on a vu des dispositions de l'article L 643-2 du Code de Commerce.

La question qui se pose est de savoir si l'on peut permettre à un créancier inscrit non saisissant de saisir le Juge Commissaire si le liquidateur n'a pas entrepris la demande de subrogation dans les poursuites d'un saisissant non inscrit dans les trois mois du jugement d'ouverture (?)

2. Modalités de subrogation

Elles sont prévues à l'article R 642-24 du Code de Commerce par la saisine par le liquidateur du Juge Commissaire qui :

- ♦ fixe la mise à prix et sa baisse éventuelle,

- ♦ fixe les modalités de publicité compte tenu de la valeur, de la nature et de la situation des biens ou de nouvelles publicités si les publicités avaient déjà été faites :
 - o l'ordonnance du Juge Commissaire est mentionnée en marge de la publication du commandement de saisie aux Hypothèques,
 - o le créancier remet les pièces de procédure de la poursuite au liquidateur et ces frais lui seront restitués dans l'état de collocation même si le texte utilise encore le mot suranné "*d'ordre*".

B – LE LIQUIDATEUR A L'INITIATIVE

C'est l'attaque directe en l'absence de poursuites antérieures dans les trois mois du jugement d'ouverture à peine de se voir suppléer par un créancier inscrit. Encore faut-il que le liquidateur connaisse soit par le débiteur, soit par les autres moyens déjà exposés les immeubles de celui-ci ou ait les moyens d'en faire les recherches.

1. La procédure spécifique

Aux termes de l'article L 642-18 du Code de Commerce les ventes d'immeubles ont lieu suivant les formes prescrites en matière de saisie immobilière.

Après avoir recueilli les observations des contrôleurs le Juge Commissaire fixe alors, le débiteur ainsi que le liquidateur entendus ou dûment appelés, la mise à prix et les conditions de la vente et détermine les modalités de la publicité.

Toutefois dans les mêmes conditions c'est-à-dire après observations du contrôleur, le débiteur et le liquidateur entendus ou dûment appelés, le Juge Commissaire peut, si la consistance des biens, l'emplacement ou les offres reçues sont de nature à permettre une cession amiable dans de meilleures conditions, ordonner la vente par adjudication amiable sur la mise à prix qu'il fixe ou autoriser la vente de gré à gré aux prix et conditions qu'il détermine. Toutes les adjudications emportent purge des hypothèques mais seulement les adjudications.

Le texte prévoit cependant qu'en cas d'adjudication amiable il peut toujours être fait surenchère.

Bien que ce ne soit pas précisé dans le cadre de la vente en forme de saisie immobilière la surenchère est également possible. Ce n'est pas là que l'on trouvera les difficultés d'articulation.

2. Les difficultés de l'articulation avec la nouvelle saisie immobilière

Si c'était un western on a là un trio idéal : le bon, le méchant et le Juge et l'on voit ce que Sergio LEONE aurait pu en faire.

- 1. Le débiteur :** par définition consumériste c'est le bon, celui qui n'a pas eu de chance, le loser du cinéma. C'est lui qu'on exproprie mais encore faut-il le faire contradictoirement avec lui.

C'est la raison pour laquelle la saisie immobilière a prévu non seulement un commandement mais une assignation à l'audience d'orientation obligatoire.

La difficulté c'est que le débiteur en liquidation judiciaire est dessaisi de son patrimoine et que ces actions patrimoniales sont exercées par le liquidateur.

Si le débiteur est une personne morale il n'y a pas de difficulté puisque la pratique a adopté la technique du mandataire ad hoc pour représenter ladite personne et c'est elle que l'on voit donc ès qualité devant le Juge de l'orientation.

Mais si le débiteur est une personne physique et qu'elle a la capacité juridique civile en dehors de la capacité économique qui lui est retirée, il ne peut lui être nommé de mandataire, alors la pratique a convenu qu'il fallait assigner le débiteur devant le Juge de l'Exécution. Après tout il doit bien comparaître devant le Juge Commissaire pour discuter des modalités de la vente, des conditions de celle-ci, de la baisse de la mise à prix ou du prix et des conditions éventuelles de publicité.

Sauf que cette assignation ne peut comporter les termes de droit commun ni sur l'aide juridictionnelle, ni sur le surendettement, ni non plus voir déterminer les modalités de la vente par le Juge de l'Orientation si tant est que l'on adopte cette position.

- 2. Le Juge :** le Juge de l'Orientation c'est le Juge de l'Exécution mais n'est-ce pas plutôt un mercenaire, c'est-à-dire un Juge à la solde d'un autre Juge, et l'on est alors vraiment dans le western spaghetti ?

A l'exception du Juge de l'Exécution de Brest qui en toute bonne foi certainement a cru pouvoir conserver le pouvoir (décision du 20 septembre 2007) et qui non seulement décide que la tenue de l'audience d'orientation demeure obligatoire mais juge que le débiteur a le droit de solliciter l'autorisation de vente amiable, la jurisprudence (JEX Aix en Provence 17 septembre 2007, JEX Marseille, JEX Pontoise 29 novembre 2007, Revue des Procédures Collectives Janvier, Février, Mars 2008 note Patrick CANET) considère que la décision du Juge Commissaire, du Tribunal de la procédure collective ou de la Cour d'Appel (puisque'il y a là trois degrés de juridiction) s'impose au Juge de l'Exécution lequel ne peut que fixer la date de la vente forcée et éventuellement les jours de visite contradictoirement avec le débiteur.

Ce dernier n'a pas la capacité de faire un incident mais il peut y avoir des incidents formés par des tiers comme une demande en distraction.

Mais le Juge est lié aussi par la demande qui lui est faite et l'assignation devra donc solliciter la constatation de la décision du Juge Commissaire concernant la modalité de la vente, la mise à prix, les conditions de publicité et supprimer ce qui est relatif au surendettement et à l'aide juridictionnelle par exemple.

Par contre le Juge n'aura sûrement pas à viser le montant retenu de la créance du liquidateur si celui-ci est le poursuivant. Mais qu'en est-il si c'est un créancier ?

3. Le créancier : c'est le méchant du film, l'exécuteur des basses œuvres mais tout méchant doit subir une peine et ce méchant-là ne doit-il pas subir une double peine ?

Dans la procédure de saisie immobilière les créanciers doivent déclarer leurs créances avec leurs sûretés à peine de perdre le droit de participer à la répartition au rang de celle-ci ne pouvant espérer être réglés que sur le résiduel.

Dans la procédure collective les créanciers doivent déclarer leurs créances à peine de perdre le droit de participer à la répartition des fonds et attendre retour à meilleure fortune du débiteur.

Quatre hypothèses sont à envisager :

- ⇒ le créancier qui est une sorte de bon méchant a déclaré sa créance dans la procédure collective avec la sûreté et sur la poursuite de réalisation de l'immeuble par le liquidateur déclare sa créance et sa sûreté au reçu de la dénonce avec assignation qui lui est faite de comparaître à l'audience d'orientation : pas de problème il est retenu.
- ⇒ le vrai méchant qui n'a pas déclaré sa créance dans la procédure collective et sera écarté de toute répartition et qui oublie de déclarer sa créance dans le cadre de la procédure de saisie immobilière ne sera pas partie à la procédure de distribution de l'immeuble et là pas de problème il est écarté.
- ⇒ le créancier qui n'a pas déclaré sa créance dans le cadre de la procédure collective, alors que c'est d'ordre public, mais qui pensant bénéficier là d'une session de rattrapage, déclare sa créance dans la procédure de réalisation de l'actif immobilier ne sera pas pour autant bénéficiaire d'une répartition.
- ⇒ le créancier qui a déclaré sa créance dans le cadre de la procédure collective mais qui pensant que cela suffit et que l'on est dans une procédure spéciale ne déclare rien dans le cadre de la procédure de saisie immobilière, doit-il être considéré comme ayant rempli ses obligations et pouvoir participer à la répartition au rang de sa sûreté ou doit-il être considéré comme n'ayant pas rempli ses obligations et ne pouvoir participer à la répartition du prix de cet immeuble même si, dans le cadre de la répartition totale des fonds provenant de la réalisation de tous les actifs, mais à titre chirographaire, il peut recevoir dividende ?

Le poursuivant aura-t-il même inutilement, à déposer un état des créances ordonnées dont le liquidateur tiendra ou ne tiendra pas compte ? (voir Patrick CANET Revue des Procédures Collectives précitée).

Madame LARDENNOIS, Doyen de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation, lors d'un colloque le 28 mars 2008 à Aix en Provence, a prétendu avec tout le devoir de réserve qui lui incombe que la Chambre Commerciale pensait que la déclaration était obligatoire mais que la sanction spécifique du texte du décret du 27 juillet 2006 sur la saisie immobilière n'était pas applicable...

Sans avoir un arrêt de Cour de Cassation qui sera d'ailleurs rendu plutôt par la 2^{ème} Chambre Civile (mais le même jour Monsieur Tony MOUSSA s'est bien gardé de s'exprimer sur ce sujet et les opinions ont été fort contradictoires), on ne peut conclure pertinemment.

3. Les difficultés de l'articulation avec la vente amiable

On peut reconstituer aussi un trio façon western : le Juge, l'acheteur et le créancier inscrit.

1) Le Juge

Quelle est la force de l'ordonnance du Juge Commissaire qui autorise la vente de gré à gré de l'immeuble du débiteur ?

Là le Juge est un vrai Juge qui décide et son ordonnance vaut vente forcée. Il ne s'agit pas d'une vente volontaire et elle n'était d'ailleurs pas soumise jusqu'à la Loi du 13 décembre 2000 apportant une nouvelle rédaction à l'article L 213-1 du Code de l'Urbanisme au droit de préemption urbain ne constituant pas une aliénation volontaire au sens de l'ancienne rédaction de cet article (Conseil d'Etat 16.10.1995 Dalloz 1995.I.R.246 sous le régime de la Loi de 1967).

La Cour de Cassation considère que la vente est parfaite dès l'ordonnance sous la condition que celle-ci acquière force de chose jugée (Cass. Com 04.10.2005 Bull. Civ. IV N°191 sous l'empire de la Loi du 25.01.1985).

L'autorisation de vente ne vaut que pour cet acheteur même si son nom ne figure pas dans le dispositif (Cass.Com 03.05.2006 Bull. Civ. IV N°108) ; il est raisonnable de penser que cette jurisprudence puisse être maintenue.

2) L'acheteur

La Loi sur la solidarité et le renouvellement urbain déjà précitée du 13 décembre 2000 institue un droit de rétractation pour l'acheteur dans un délai de 7 jours à compter du lendemain de la première présentation de la lettre lui notifiant l'acte d'achat (article L 271-1 du Code de la Construction et de l'Habitation).

En cas de promesse de vente les dispositions sur le droit de rétractation sont applicables à celle-ci.

En cas de contrat authentique non précédé d'une promesse ce délai devient un délai de réflexion de 7 jours à compter de la notification de la remise du projet d'acte par le notaire (article L 271-1 du Code de Construction et Habitation).

La question se pose de savoir si, en l'absence de compromis qui serait présenté au Juge Commissaire ordonnant la vente de gré à gré et qui est soumis à la faculté de rétractation avant la comparution devant le Juge, le délai de rétractation après la rédaction du projet d'acte par le notaire notifié à l'acheteur existe dans la mesure où il n'y a eu qu'une offre d'achat et non pas un compromis avant l'ordonnance du Juge Commissaire. La question est controversée en doctrine et il n'y a pas de jurisprudence à ce jour dans le cadre de la Loi de sauvegarde.

- ♦ Pour l'exercice du droit de rétractation Monsieur Hugues PERINET-MARQUET (article "Les difficultés de limitation du champ d'application des droits de rétractation, de réflexion offerts à l'acquéreur immobilier", La Semaine Juridique Edition JA N°16 17.04.2002 I 129) qui prétend qu'aucune exclusion ni incompatibilité n'existe entre le droit de rétractation ou délai de réflexion et la procédure collective.
- ♦ Contre on trouve Monsieur le Professeur Frédéric VAUVILLE (Droit et Patrimoine N°99 Décembre 2001 pratique page 51) plus d'ailleurs par l'impossibilité de la mise en œuvre de ce droit en l'espèce qu'à titre théorique.

Dans une consultation sollicitée par un notaire du CRIDON de Bordeaux-Toulouse celui-ci se contente de mentionner les deux solutions sans trancher ...

La position pour le délai de rétractation ne paraît cependant pas compatible avec la jurisprudence disant que l'ordonnance du Juge Commissaire vaut vente et non aliénation volontaire.

3) Le créancier

Il s'agit d'un créancier inscrit qui, la vente ne valant pas purge, a le droit de faire surenchère.

L'article L 642-18 5^{ème} alinéa prescrit que les adjudications réalisées en application des alinéas qui précèdent emportent purge des hypothèques mais il s'agit uniquement des adjudications.

La surenchère est d'ailleurs nous l'avons vu permise en cas d'adjudication amiable aux termes de la dernière phrase de l'alinéa précédent.

La question se posait donc de savoir si en cas de vente de gré à gré autorisée par le Juge Commissaire et valant vente comme nous l'avons vu ci-dessus une surenchère était possible, à défaut bien entendu de purge ou de purge amiable.

La Cour de Cassation a récemment rendu un arrêt affirmatif (Civile 3^{ème} 17.01.2007, GP 13-14.04.2007 page 37 observations Sénéchal).

Il y a là distorsion entre la vente amiable sur autorisation judiciaire dans le cadre de la saisie immobilière qui vaut purge et celle autorisée par le Juge Commissaire qui ne la vaut pas. C'est le seul cas où le Juge de l'Orientation a plus de pouvoir que le Juge Commissaire.

En conclusion trois brèves observations.

- ♦ La première c'est que nous ne venons d'envisager que la vente des biens communs ou propres à l'époux débiteur en liquidation judiciaire, que la procédure collective d'un seul époux.

Or pour les biens indivis le créancier de l'indivision quel qu'il soit a le droit de saisir l'ensemble de l'immeuble et s'il est inscrit et que l'un des époux indivisaires est en liquidation judiciaire il pourra s'adresser au Juge Commissaire de celui-ci pour qu'il ordonne la vente, la saisie continuant normalement contre l'autre époux in bonis.

S'il s'agit d'un créancier de l'indivision il est arrêté par la suspension des poursuites conséquence de l'ouverture de la procédure collective mais le liquidateur lui a le droit d'agir conformément aux dispositions de l'article 815-17 du Code Civil et de provoquer le partage.

- ♦ La deuxième c'est que nous n'avons qu'à peine effleuré la distribution du prix. Or elle n'a pas été modifiée par rapport à la Loi du 25 janvier 1985 et reste de la compétence du liquidateur à la seule différence apportée à la Loi de sauvegarde par le décret du 27 juillet 2006 qu'en cas de contestation c'est le Juge de l'Exécution qui est désormais compétent selon la procédure qui lui est propre pour la trancher.
- ♦ La troisième et dernière observation concerne le projet d'ordonnance de réforme de la Loi de sauvegarde.

Il faut signaler qu'il institue une équivalence entre les modalités de vente des immeubles.

Il prévoit également la suppression de l'appel du jugement statuant sur le recours de l'ordonnance du Juge Commissaire et surtout aux limitations du renvoi aux articles du Code Civil issus de l'ordonnance du 21 avril 2006 sur la saisie immobilière excluant la fixation de la mise à prix par le créancier et la désignation d'un séquestre du prix le tout sous la réserve floue de dispositions non contraires au Code de Commerce (par exemple le liquidateur ne peut rester adjudicataire en cas de carence d'enchère).

Les avocats de l'Association des Avocats et Praticiens des Procédures d'Exécution sont avocats des créanciers, sont avocats des débiteurs, sont avocats de mandataires de justice et de liquidateurs c'est pourquoi ils se sont autorisés, d'ailleurs sollicités en cela, à proposer un projet de réforme dans la réalisation des actifs immobiliers en matière de liquidation judiciaire afin d'éviter les défauts d'articulation entre les législations que la vente soit poursuivie par un créancier ou par le liquidateur.

Ce projet sera remis à la Chancellerie dès sa finalisation par le Conseil d'Administration le 4 juillet prochain.

RAPPORT DE SYNTHÈSE

Claude BRENNER

Professeur à l'Université de PARIS II

Avant toute chose, je voudrais procéder à des remerciements :

- Remerciements tout d'abord aux organisateurs de ce colloque pour leur invitation et la place prestigieuse qu'ils m'ont confiée dans l'organigramme de la journée : « Grand témoin » rien de moins... ! Sans doute dois-je cette place aux liens d'amitié et d'estime qui me lient à l'AAPPE et à son président Alain Provansal que je voudrais remercier tout particulièrement ; il reste que cet honneur me met dans une situation assez inconfortable : « testis unus, testis nullus » énonce un célèbre adage du droit, ce que d'aucuns pourraient traduire non sans approximation par « témoin unique, témoin nul ». Vous comprendrez dans ces conditions que, pour ne pas succomber au grief de nullité ou d'incompétence personnelle, je préfère abandonner immédiatement cette qualité pour celle déjà très intimidante de « petit rapporteur » des travaux de la journée...

- Car la journée, non seulement a été fort agréable et parfaitement organisée, mais aussi extrêmement riche et instructive, ce qui tient à mon avis à deux raisons majeures.

La première consiste dans le choix excellent des intervenants : en croisant les points de vue de l'avocat, du banquier, du magistrat, de l'universitaire, en profitant de l'expérience de chacun et de la remarquable maîtrise de la matière qu'ils ont tous en commun, on a pu se faire une idée largement renouvelée et profondément enrichie de la complexité et de l'importance tout à la fois pratique et théorique que revêt désormais la question de la réalisation des sûretés immobilières.

Et l'on touche par là, la seconde raison du succès de ce colloque que suffirait d'ailleurs à signaler la présence massive du public : le thème en a été excellemment choisi. Comme on a pu s'en convaincre tout au long de la journée, il y a en effet peu de questions qui, tout à la fois, soulèvent autant de difficultés techniques particulières et comportent en même temps des enjeux théoriques plus importants.

C'est que la réalisation des sûretés immobilières, comme l'ont parfaitement compris les organisateurs du colloque, est aujourd'hui au cœur de toutes les turbulences.

Crise des « subprimes » oblige, elle est en premier lieu, pour on ne sait combien de temps, au cœur des perturbations économiques qui frappent aujourd'hui la planète et il est pour le moins douteux que le marché immobilier français en sorte indemne ; marché dont les spécialistes avouent au demeurant – plus ou moins ouvertement d'ailleurs – qu'il est déjà passablement affecté par la crise.

Or comme cela avait été justement souligné il y a une vingtaine d'années, dans une formule demeurée célèbre : « sûretés traquées = crédit détraqué » et nul n'ignore évidemment que l'équation est réversible : c'est précisément quand le crédit est détraqué que la chasse aux sûretés bat son plein. D'où l'importance on ne peut plus actuelle du thème de la réalisation des sûretés immobilières.

Mais il est un second facteur de turbulences qui n'est pas sans lien avec le précédent, encore qu'il soit de nature juridique celui-ci : justement soucieux de favoriser l'investissement et le crédit, le législateur a en effet entrepris, ces dernières années, de refondre tout un pan du droit patrimonial français : ce que l'on pourrait appeler le droit de l'endettement économique. Or, le point d'intersection de toutes ces réformes consiste précisément dans la réalisation des sûretés immobilières. Et cela n'a d'ailleurs rien de surprenant.

D'une part, après les années d'euphorie passées, l'immeuble reste une valeur refuge de première importance.

D'autre part, même si l'idéal d'une sûreté est de n'avoir d'autres effets que préventifs, la condition première de son attractivité est d'offrir un mode de réalisation simple et rapide du gage donné en garantie. Et de là, la récente réforme de la saisie immobilière et de la procédure d'ordre. De plus en plus souvent toutefois, de telles vertus de rapidité ne suffisent pas, ne serait-ce que parce qu'elles sont contrariées par une autre tendance législative consistant à vouloir protéger toujours plus en amont les entreprises en difficulté, de manière à préserver l'outil de production et les emplois qu'elles représentent. Et de là, la récente loi de sauvegarde réformant les procédures collectives. Et puis, il faut aussi compter désormais avec la globalisation des économies et l'internationalisation des échanges. Même si le phénomène est évidemment loin de toucher directement l'activité de toutes les entreprises, il n'empêche qu'une concurrence exacerbée s'est instaurée au cours des deux dernières décennies entre les modèles non seulement économiques et sociaux mais aussi juridiques. Et cela obligeait le droit français, s'il voulait conserver à notre pays une certaine attractivité pour l'investissement des capitaux étrangers, à offrir des sûretés équivalentes à celles que proposent les modèles anglo-saxons. Et de là, l'admission du pacte comissoire, de là aussi la généralisation de l'attribution judiciaire et de là, surtout, l'introduction toute récente de la fiducie dans notre système.

Au total, la question de la réalisation des sûretés immobilières a ainsi été bouleversée de toutes parts en un temps extrêmement bref et – facteur aggravant – les réformes dont il vient d'être question ont toutes été revues ou sont sur le point de l'être, l'encre de la loi à peine sèche :

- réalisée par une loi du 26 juillet 2005, la loi de sauvegarde des entreprises sera ainsi prochainement réformée par une ordonnance dont le projet nous a été largement dévoilé aujourd'hui ;
- opérée par ordonnance du 21 avril 2006 et décret du 27 juillet 2006, la réforme de la saisie immobilière était modifiée avant même son entrée en vigueur par décret du 23 décembre 2006, et l'on peut parier que d'autres modifications suivront encore à échéances rapprochées ;

- réalisée par ordonnance du 23 mars 2006, la réforme des sûretés a été corrigée pour ce qui nous intéresse par la loi de ratification du 20 février 2007 ;
- introduite par une loi du 19 février 2007, la fiducie sera revisitée par l'ordonnance portant réforme des procédures collectives dont le projet vient d'être mentionné.

Le tout sans même envisager les modifications indirectes de la matière qui ont procédé d'autres réformes telles que celles du surendettement, des successions ou bien encore des incapacités. Manifestement, le thème du jour est placé sous le signe du renouveau et de l'instabilité.

Cette versatilité extrême de la loi n'est pas simplement un signe des temps ou la conséquence de l'absence d'articulation initiale entre les différentes réformes qui ont été conçues de manière cloisonnée par des ministères jaloux de leurs prérogatives. Elle s'explique aussi et surtout, me semble-t-il, par les tendances opposées qui agitent comme des vents contraires la question de la réalisation des sûretés immobilières.

Au fond, cette question a toujours été à la croisée de quatre forces qui s'opposent deux à deux :

- une tendance individualiste tout d'abord, qui est traditionnellement très marquée dans le droit civil de l'exécution, et que combat l'organisation collective des paiements qui est, au contraire, traditionnelle en droit commercial ;
- une tendance dirigiste ensuite qui s'oppose classiquement en législation française à l'organisation volontaire de l'exécution forcée aussi bien individuelle que collective.

Or, c'est un fait manifeste que depuis le dernier quart du vingtième siècle, le législateur a bouleversé d'ailleurs bien imprudemment l'équilibre de ces forces, tantôt par faveur pour les débiteurs en difficulté, tantôt pour favoriser le concours des bailleurs de fonds et il en est résulté des réactions et ajustements en cascade aussi inévitables que désespérés : en généralisant les procédures collectives, en les ordonnant prioritairement à la sauvegarde des intérêts du débiteur, on exposait les créanciers nantis de sûretés immobilières à un risque accru d'impayé et on les incitait conséquemment à renchérir leur crédit et à mettre sur pied des stratégies de contournement de la procédure collective par l'utilisation de garanties de paiement plus frustes et radicales. Acceptait-on en 1994, devant les excès et désordres qui en résultaient, de redonner un peu de lustre à l'hypothèque dans les procédures de liquidation, que cela rendait plus nécessaire que jamais une réforme de la saisie immobilière. Décidait-on, à la faveur de la réforme des sûretés, d'introduire en droit français l'attribution de l'immeuble comme mode alternatif de réalisation de l'hypothèque que l'on s'empressait de limiter à l'extrême le jeu de cette prérogative dans les procédures collectives pour ne pas obérer totalement les chances de redressement de l'entreprise. Mais on rendait alors d'autant plus criant le manque en droit français d'une aliénation fiduciaire consentie à titre de garantie.

On le constate : aussi désordonnées qu'elles puissent apparaître de prime abord, les réformes qui ont été envisagées aujourd'hui sont unies les unes aux autres par des liens, certes contingents, mais absolument déterminants, parce qu'elles s'inscrivent au cœur d'un champ de forces qui domine irrésistiblement la question de la réalisation des sûretés immobilières. Il me semble que ce n'est pas le moindre des intérêts de cette journée que d'avoir remis en perspective ces différentes réformes, alors que, pris dans le maelström législatif, on a trop tendance aujourd'hui à les examiner séparément. Dans cette conviction, et pour respecter la mission qui m'a été confiée de faire la synthèse de nos travaux, j'essaierai de souligner les lignes de force que la journée a mis en évidence. Et, pour ce faire, le plus simple est encore de partir des oppositions irréductibles qui dominent la matière. En somme, il faut croiser l'opposition de l'impératif et du volontaire ou si l'on préfère de l'ordre et de la liberté, et celle de l'individuel et du collectif.

I – L'ORDRE ET LA LIBERTE

L'ordre et la liberté pour commencer : la dialectique est universelle, elle exprime l'idée même du droit. Dans la matière de l'exécution forcée, elle se résout principalement en faveur de l'ordre, la liberté étant traditionnellement contenue dans des limites strictement encadrées par la loi. On l'énonce très justement en enseignant que les procédures d'exécution sont d'ordre public. La règle demeure particulièrement vivace et même accentuée dans le cadre de la procédure de saisie immobilière, qui est organisée avec un dirigisme de fer, ce qui ne va pas, on l'aura compris, sans soulever de nombreuses difficultés. Mais, si ce dirigisme n'a pas perdu de sa vigueur, il a en revanche été montré qu'il a perdu toute exclusivité, et cela est véritablement révolutionnaire.

A.- Le dirigisme de la procédure

Du renforcement du dirigisme de la procédure de saisie immobilière par l'effet de la réforme, on pourrait donner de nombreux exemples : l'accroissement jusqu'à l'excès du formalisme des actes, la multiplication de ceux-ci par l'effet de la fusion de la saisie et de la préparation de la distribution, le raccourcissement forcené des délais en donneraient une idée assez juste. En faisant de la réalisation de la sûreté immobilière, l'objet spécifique de cette journée, les organisateurs ont tout naturellement porté attention à une autre innovation qui n'est pas moins symptomatique de cette évolution : l'institution d'une audience d'orientation en remplacement de l'ancienne audience éventuelle.

1° L'audience d'orientation

Car, contrairement à ce que l'on entend trop souvent, ce changement n'était pas commandé par l'institution d'une faculté de vente volontaire de l'immeuble saisi. En effet, la vente volontaire suppose que le débiteur forme une demande en ce sens au plus tard à l'audience. Or cela n'a rien de systématique. L'explication tient en réalité à la volonté d'imposer aux parties à la saisie une cadence accélérée, ce que manifeste en particulier l'obligation faite aux parties de soulever au plus tard à l'audience tous les incidents de la saisie dont le fait générateur est antérieur.

Ainsi que Maître Rieu et Mme le Président Baland l'ont montré avec leur connaissance parfaite des arcanes de la procédure, il en résulte de nombreuses difficultés, le rythme resserré qui est imposé uniformément par le législateur étant parfois difficilement compatible avec les différentes péripéties et complications qui peuvent émailler la saisie. Sans méconnaître ces difficultés, je crois, pour ma part, que l'on devrait poser en principe de solution qu'il faut donner son plein effet à l'organisation imposée par les textes, quelque sévère qu'elle puisse être : le choix ayant été fait d'un raccourcissement de la procédure, il doit, me semble-t-il, être respecté dans toute la mesure où il n'y a pas d'impossibilité absolue. En particulier, cela commande à mon avis que le montant de la créance du poursuivant soit obligatoirement arrêté et non seulement indiqué dans le jugement comme on a pu l'entendre ; cela implique aussi que le renvoi de l'audience d'orientation ne soit admis, comme le prévoient les textes, qu'en cas d'impossibilité pour le juge de statuer sur une contestation ou demande incidente régulièrement soulevée. On ressusciterait autrement l'ancienne discontinuation des poursuites et tous les errements de la procédure sur lesquels le législateur a manifestement entendu tirer un trait dans un souci d'efficacité.

2° Le jugement d'orientation

C'est dire à plus forte raison qu'une fois le jugement d'orientation rendu, il ne saurait être question, comme la Cour d'appel de Paris l'a jugé en toute pertinence, de prendre prétexte de l'effet dévolutif du recours pour admettre de nouvelles contestations en appel. D'autant que cela priverait le poursuivant du bénéfice du double degré de juridiction, comme Mme Baland l'a très justement observé. Et cela pourrait faire admettre, sans trop d'inconvénients, que l'article 52 du décret qui prévoit sans distinction que le jugement d'orientation est susceptible d'appel doive prévaloir sur l'article 8 qui ne prévoit l'appel que pour les jugements statuant sur des contestations ou demandes incidentes.

Reste le problème plus épineux du relevé de caducité du commandement : l'appel du jugement d'orientation peut-il constituer le motif légitime permettant d'obtenir ce relevé en vertu de l'article 12 du décret ? A mon avis, une réponse affirmative ne fait aucun doute d'une manière générale. Elle pourrait seulement être contestée en ce qui concerne la caducité du commandement faute de réquisition de la vente à l'audience d'adjudication. On a en effet remarqué que cette caducité que formule l'article 60 du décret n'est pas au nombre de celles que l'article 12, al. 1^{er}, envisage explicitement.

Mais il est permis de penser que l'alinéa 3 du même texte, qui prévoit le relevé de caducité, est détachable de l'alinéa 1^{er} et l'on s'expliquerait alors parfaitement pourquoi celui-ci garde le silence sur l'article 60 : la raison en est tout simplement que l'article 60 prévoit déjà explicitement la caducité pour défaut de réquisition de la vente à l'audience d'adjudication, alors que l'article 12, alinéa 1^{er}, a précisément pour objet d'indiquer quels délais sont imposés à peine de caducité lorsque les textes qui les envisagent n'en disent rien.

Avec cette interprétation, il me semble que l'on concilie heureusement le respect de la célérité voulue par le législateur avec la protection du poursuivant contre un emballement déraisonnable de la procédure. En somme, on rend l'ordre public acceptable.

B.- Les alternatives volontaires

Il reste, et cela compense fort heureusement ce dirigisme, que la procédure de saisie immobilière n'est plus sous l'entière domination de la loi : comme cette journée a permis de s'en convaincre, l'exécution forcée immobilière fait désormais une place très importante aux volontés individuelles, ce qui constitue un progrès remarquable en même temps qu'une source incontestable de difficultés et d'incertitudes.

1° La distribution

C'est ce qu'illustre en particulier la nouvelle procédure de distribution du produit de la saisie immobilière. Ainsi que cela a été très bien montré, l'une des innovations les plus importantes et aussi les plus heureuses de la réforme consiste dans la déjudiciarisation de la procédure d'ordre. Comme c'est le cas depuis 1991 pour la procédure de distribution du produit des saisies mobilières, l'on veut désormais que les parties s'accordent dans toute la mesure du possible. Ce n'est qu'à défaut que le juge est appelé à intervenir.

Mais, comme Maître Sillard l'a relevé, cette interférence du volontaire et du judiciaire ne laisse pas de faire difficulté, lorsqu'il s'agit de déterminer leur place respective dans le processus décisionnel. Il a très justement souligné que suivant que l'accord règne d'emblée ou est trouvé par voie de conciliation, le juge exercera un contrôle a minima ou un contrôle renforcé sur le projet de distribution soumis à son homologation. Mais l'ordonnance d'homologation n'étant pas susceptible d'appel, on peut légitimement se demander si l'office du juge relève encore de la matière gracieuse. Maître Sillard ne le pense pas et voit fort logiquement dans l'accord homologué un contrat judiciaire. C'est reconnaître toute-puissance à la volonté des parties et considérer que le juge se borne à enregistrer un accord qui serait parfait en lui-même, alors pourtant que la loi lui confie une mission de contrôle si restreinte soit-elle.

Dans ces conditions, j'ai tendance à considérer, pour ma part, que l'on demeure bel et bien dans la matière gracieuse. Certes, la voie de l'appel est fermée. Mais est-il exclu qu'il en soit ainsi ? On connaît aussi des jugements contentieux, contre lesquels la voie de l'appel est fermée par exception et que nul ne songe à disqualifier pour autant. L'intérêt pratique de la discussion tient à la possibilité ou non d'un pourvoi en cassation. Je remarque simplement – sans y attacher une valeur décisive – que la circulaire du 14 novembre 2006 admet bien la possibilité d'un pourvoi.

Cela dit, et je partage entièrement l'opinion de Me Sillard sur ce point, la majeure partie des difficultés que pourrait soulever la nouvelle procédure de distribution trouveront sans doute légitimement leur réponse dans la volonté des parties exprimée sous forme de protocoles d'accord transactionnels plutôt que dans l'office du juge, ce qui est parfaitement dans l'esprit de la réforme.

2° La vente

Mais, naturellement, la promotion des volontés individuelles dans la nouvelle procédure ne se limite pas à la phase de distribution consécutive à la saisie. La réalisation de l'immeuble elle-même peut dorénavant avoir lieu volontairement. Cette possibilité d'une vente amiable de l'immeuble constitue assurément l'une des innovations les plus emblématiques de la réforme de la saisie immobilière. Etablie en remplacement de l'ancienne conversion en vente volontaire qui n'était qu'une forme choisie d'adjudication, elle met fort heureusement la saisie des immeubles en conformité avec les exigences du droit moderne de l'exécution. Car on peut penser qu'il y a désormais là un droit fondamental pour le débiteur. Et cela rend sans doute vaine la contestation que certains ont prétendu former contre le décret en raison des conditions tout à fait extraordinaires qu'il offre au débiteur pour solliciter cette vente amiable.

Cela ne signifie naturellement pas que cette possibilité de vente amiable n'encoure aucune critique. On peut au contraire être convaincu par la démonstration de M. Kieffer qu'elle s'intègre mal dans la procédure et risque en conséquence de soulever souvent de graves complications et de favoriser de redoutables contretemps. Au point, comme cela a été très justement relevé, qu'il sera généralement de bonne stratégie pour le créancier poursuivant de ne pas s'y opposer dans un premier temps et de traquer les éventuels attermoissements du débiteur pour obtenir au besoin du juge un retour à l'adjudication à la barre.

Encore que l'on ait trop tendance à l'oublier, il n'en demeure pas moins que l'organisation de la vente volontaire présente l'immense avantage sur l'ancienne conversion d'imposer au débiteur d'en faire la demande au plus tard au jour de l'audience d'orientation, de sorte que l'on ne connaîtra plus de ces demandes de dernières minutes qui empêchaient en toute légalité de procéder à une adjudication préparée et annoncée en pure perte.

On vérifie par là que la volonté érigée en mode alternatif de réalisation de l'immeuble, loin de heurter l'exécution forcée, n'en est qu'une modalité concurrente et du reste prioritaire. Mais, précisément, la volonté des parties à la saisie ne pourrait-elle pas avoir des effets plus radicaux en leur permettant de s'évader du dirigisme légal ? La question est d'importance : si on l'admet, les parties peuvent décider de sortir de la saisie immobilière pour pratiquer une vente purement volontaire avec liberté pour le notaire de procéder à la consignation des fonds à la Caisse des dépôts et à la distribution du prix entre les créanciers inscrits. Et ce, quand bien même cet abandon de la saisie interviendrait après l'autorisation du juge de l'exécution de procéder à une vente amiable dans le cadre de la saisie aux conditions qu'il aura fixées. Pour ma part, et même si j'ai bien conscience que la solution peut ne pas paraître très plaisante à la profession d'avocat à l'heure où certains croient opportun de l'entraîner dans une lutte ouverte contre le notariat, je ne vois pas ce qui l'interdirait : il ne peut y avoir aucune fraude, dès l'instant que tout le monde en est d'accord et que la vente de gré à gré n'a nullement les effets de la vente volontaire sur saisie. Quant à l'autorité de la chose jugée, elle n'est pas en cause. Aussi bien, il a toujours été admis que la vente volontaire pouvait intervenir sur mainlevée de la saisie. Je n'aperçois pas ce qui obligerait à décider aujourd'hui différemment.

Il faut en effet bien s'entendre sur le caractère d'ordre public de l'organisation de l'exécution forcée : ce qui est interdit, c'est que les intéressés conviennent volontairement d'un autre système de réalisation forcée, ce pourquoi d'ailleurs la clause de voie parée demeure prohibée. En revanche, il ne leur a jamais été interdit de renoncer à la contrainte pour revenir au principe de l'exécution volontaire. Et cela est d'autant plus certain aujourd'hui que le législateur va désormais jusqu'à autoriser les créanciers hypothécaires à court-circuiter la procédure de saisie en se faisant attribuer en paiement l'immeuble servant d'assiette à leur garantie. Mais plus qu'une atteinte au caractère d'ordre public de l'exécution forcée – puisqu'aussi bien cette nouvelle faculté est organisée par les textes – cette nouveauté constitue en réalité une exacerbation du caractère individuel de l'exécution forcée au détriment de ses tendances collectives.

II – L'INDIVIDUEL ET LE COLLECTIF

De fait, l'opposition de l'individuel et du collectif constitue le second angle sous lequel on peut se placer utilement pour apprécier les innovations dont il a été question aujourd'hui. De ce point de vue, il est frappant de constater qu'après une période de forte collectivisation de l'exécution forcée, celle-ci a nettement tendance aujourd'hui à s'individualiser. A telle enseigne que même les résistances de la procédure collective à ce mouvement paraissent sur le point de reculer quelque peu.

A.- L'individualisation de l'exécution

Incontestablement, il entre dans le mouvement d'individualisation de l'exécution forcée que l'on croit percevoir une très forte dose de réaction contre l'impérialisme outrancier des procédures collectives. Par dogmatisme aveugle aussi bien que par manque de courage, le législateur a beaucoup trop sacrifié aux procédures collectives pour le résultat que l'on sait. Cela ne pouvait que conduire à des réactions individualistes. Or, non sans paradoxe, la loi reconnaît aujourd'hui efficacité à certaines de ces réactions et il en résulte un bouleversement profond des équilibres de l'exécution forcée.

1° L'appropriation du gage spécial

La première manifestation de cet individualisme renaissant consiste évidemment dans l'attribution de l'immeuble en paiement que le créancier hypothécaire peut désormais obtenir en vertu d'un pacte commissaire ou d'une décision de justice. Ainsi que Maître Hocquard l'a fort bien montré, le laconisme des textes dans l'organisation de ces nouvelles possibilités engendre d'importantes interrogations qui laissent planer le doute sur leur succès pratique. Et je suis parfaitement d'accord avec lui lorsqu'il relève que, sous des apparences de grande simplicité, ces mécanismes risquent en réalité de donner lieu à de graves difficultés de mise en œuvre.

Du moins, l'intention affichée du législateur est-elle claire : il s'agit dans les deux cas de permettre au créancier garanti par une sûreté de s'approprier en toute exclusivité le gage spécial dont il est nanti à titre de règlement. Et pour qu'il n'en résulte aucune possibilité d'enrichissement indu, une expertise devra être faite pour garantir que l'attribution se fasse à bon compte.

Au résultat, comme il a été dit, c'est une véritable révolution qui est ainsi introduite dans notre système juridique : jusqu'à présent, le pacte commissaire – du moins lorsqu'il était concomitant à l'engagement du débiteur – était en effet farouchement pourchassé et l'attribution judiciaire n'était admise que pour le gage. La vente sur saisie était ainsi le seul mode de réalisation de l'hypothèque. Dorénavant, celle-ci comporte deux modes concurrents de réalisation : la vente sur saisie et l'attribution en paiement. Or, le choix est lourd de conséquences. La saisie immobilière (de même d'ailleurs que les saisies de meubles à fin de vente) a en effet toujours été organisée dans l'intérêt collectif des créanciers inscrits et opposants : elle les associe à la procédure et débouche sur une distribution dans laquelle chacun est appelé à faire valoir ses droits. L'attribution de l'immeuble en paiement a au contraire pour objet de placer celui qui en profite hors concours, de le soustraire au partage du gage : en somme, elle favorise l'individuel sur le collectif. Dans ces conditions, toute l'ambiguïté de la réforme procède, me semble-t-il, de ce qu'aucune articulation n'a été prévue entre ces intérêts en conflit : l'attribution emportera-t-elle purge des inscriptions ? Faudra-t-il ouvrir une procédure à cet effet et suivant quelles règles ?

Un créancier de rang subalterne pourra-t-il prendre de vitesse un créancier mieux classé ? Jusqu'à quel stade l'attribution pourra-t-elle être utilement sollicitée après saisie de l'immeuble ? On aurait aimé que sur tous ces points le législateur apporte réponse.

2° La dislocation du gage général

Quoi qu'il en soit, l'appropriation du gage spécial par l'effet du pacte commissaire ou de l'attribution judiciaire n'est pas la seule manifestation des tendances individualistes du nouveau droit de l'exécution forcée. Il faut aussi compter avec le mouvement général de dislocation du gage général auquel on assiste actuellement.

Les manifestations de ce mouvement sont multiples. Citons pêle-mêle le développement des procédures collectives permettant aux débiteurs civils et à leurs héritiers de libérer leurs biens personnels ou futurs des dettes impayées, l'opposition d'une exigence de proportionnalité aux poursuites du créancier titulaire d'un cautionnement, le développement et, à ce qu'il paraît, demain, la généralisation au profit des entrepreneurs individuels de l'insaisissabilité des immeubles personnels. Mais surtout évidemment la fiducie dont M. Gourio a excellemment montré le caractère très limité et les imperfections de l'organisation que l'ordonnance portant réforme de la sauvegarde actuellement en projet envisage d'améliorer.

Sans doute, même après cette réforme si elle intervient, la fiducie conservera un domaine d'application relativement restreint : réservée aux rapports entre personnes morales assujetties à l'impôt sur les sociétés et établissements bancaires et financiers, elle présentera surtout de l'intérêt pour les opérations économiques de grande envergure, souvent internationale, pour les financements syndiqués et les grandes restructurations d'entreprise. Pour le tout venant des créanciers et débiteurs, elle demeurera hors de portée.

Mais on ne doit pas mésestimer pour autant l'importance considérable que représente cette consécration au plan des principes évidemment, mais aussi au plan pratique.

Au plan des principes, elle rompt pour la première fois de manière franche et assumée avec le dogme de l'unicité du patrimoine sous lequel la France vit depuis le Code Napoléon et la systématisation célèbre qu'en ont fait Aubry et Rau au milieu du XIXe siècle. Désormais le patrimoine d'affectation a droit de cité en France et il n'est plus besoin pour y recourir à fin de sûreté de se placer sous une bannière anglo-saxonne ou d'user de l'artifice encombrant de la personnalité morale.

Au plan pratique, il me paraît assez évident que la fiducie se renforcera et se démocratisera avec le temps. Et c'est pourquoi, du moins si l'on approuve cette orientation, il ne faut être pas trop sévère avec le législateur. Les premiers commentateurs de la loi du 19 février 2007 ont très vivement critiqué la réforme en relevant qu'elle était en trompe-l'œil.

Il me semble pour ma part que c'était avant tout un ballon d'essai destiné à convaincre de la possible acclimatation du mécanisme en France. Les esprits habitués, de nouvelles demandes apparaissant, je ne doute pas que l'on élargisse rapidement son domaine. Suivant que l'on approuve ou réprouve cette innovation, on dira qu'un coin a été enfoncé dans un dogme obsolète ou que le ver est dans le fruit : c'est selon. En tout cas, on aurait tort d'y voir un gadget insignifiant. D'autant que le droit des procédures collectives est sur le point de faire à la fiducie-sûreté un accueil peu commun, lorsque l'on sait les résistances qu'il oppose généralement aux entreprises de démembrement du patrimoine du débiteur en difficulté.

B.- Les résistances collectives

1° La primauté de la procédure collective

Aux aspirations individualistes des créanciers, la procédure collective sait en effet opposer sa discipline, et cette discipline collective, qui se manifeste en particulier par la suspension des poursuites individuelles et la concentration des pouvoirs de liquidation entre les mains du liquidateur est un obstacle traditionnel à l'efficacité ou plus exactement à l'utilité de la saisie immobilière pour le poursuivant. Or, aussi incroyable que cela puisse paraître, les réformateurs de la saisie immobilière n'ont nullement songé à mettre les textes qui régissent son sort et sa poursuite dans la procédure collective au courant des changements qu'ils lui apportaient et il en est résulté le désordre et l'incohérence les plus complets que l'on puisse imaginer. Par exemple, quelle place reconnaître au juge de l'orientation, lorsque tout est décidé par le juge-commissaire ? Est-il possible d'admettre que le débiteur soit autorisé à procéder à la vente amiable de l'immeuble saisi, alors qu'il appartient déjà au juge-commissaire d'autoriser la vente de gré à gré à l'initiative du liquidateur ? Faut-il soumettre les créanciers inscrits à la nécessité d'une double déclaration de créance, l'une à la saisie, l'autre à la procédure collective ?

Après avoir entendu les explications très autorisées de Maître Provansal, on y voit sans doute plus clair et, si l'ordonnance portant réforme de la sauvegarde est adoptée en l'état, quelques problèmes seront aplanis. Mais il en reste incontestablement beaucoup d'autres qui sont loin d'avoir solution certaine. Et par exemple celui-ci : à quel moment les droits du poursuivant et des parties à la saisie immobilière sont-ils définitivement acquis, de sorte que l'ouverture d'une procédure collective contre le débiteur saisi reste sans conséquence ? Au jour de la vente ou de l'adjudication, au jour de la consignation des fonds, au jour de la publicité du titre, au jour de l'accord sur la distribution des deniers, au jour de son homologation, ou bien à celui de la distribution effective ? Je dois dire que la confrontation de la jurisprudence ancienne et des textes nouveaux me laisse perplexe et j'ai la faiblesse de croire que je ne suis pas le seul. La question qui conditionne le paiement des créanciers est pourtant la première de toutes celles que le législateur aurait dû trancher.

2° Les échappatoires

Devant cet état de relative incertitude qui ne présage rien de bon pour les créanciers prétendant agir individuellement, on devine que ceux-ci s'emploieront, comme toujours, à chercher des échappatoires.

Comme Monsieur Canet, a pu l'expliquer avec beaucoup d'autorité grâce à sa double compétence de praticien des procédures collectives et de professeur des universités, ils ne doivent pas espérer grand-chose des nouveaux modes d'appropriation de l'immeuble qu'organise désormais le droit français : le pacte comissoire est totalement banni des procédures collectives, quant à l'attribution judiciaire de l'immeuble, sa possibilité est, on l'a bien compris, douteuse. Et de fait, le risque de voir entraver toute possibilité de sauvegarde et de redressement n'est pas contestable. D'autant que, depuis une loi du 20 février 2007, l'attribution judiciaire n'est plus réservée aux créanciers titulaires d'une sûreté conventionnelle, de sorte que le créancier autorisé à prendre une inscription provisoire d'hypothèque judiciaire sur un immeuble de son débiteur pourrait y prétendre après naturellement l'obtention d'un titre exécutoire autorisant à prendre inscription définitive. Quand on sait que celle-ci peut être valablement prise en cours de procédure collective parce qu'elle ne fait que confirmer l'inscription provisoire, on mesure la force subversive de l'attribution judiciaire. Il reste que si le débiteur est en liquidation judiciaire et s'il s'agit de réaliser l'immeuble pour payer les créanciers, on ne voit pas bien ce qui, en logique, devrait interdire cette attribution.

Reste, en tout état de cause, la fiducie dans le domaine évidemment limité qui est le sien. Or, à son égard, la réaction des procédures collectives, du moins telle qu'elle ressort de l'ordonnance actuellement en préparation, est toute différente, ainsi que M. Canet l'a très bien montré là-encore. Si, en effet, la fiducie-gestion continue d'encourir la paralysie, ce qui est une nécessité pour éviter des fraudes trop faciles, en revanche, la fiducie-sûreté sortirait renforcée de la modification des textes, la fustigation systématique dont elle fait aujourd'hui l'objet prenant fin. Et c'est effectivement la condition même de son utilité et la conséquence logique de sa nature de patrimoine autonome.

Au bout du compte, on l'aura constaté tout au long de la journée, la réalisation des sûretés immobilières a cessé d'être la matière un peu poussiéreuse que l'on a tous connue. Happée par le tourbillon des réformes, elle n'offre à peu près plus aucun repère traditionnel. Bravo donc aux organisateurs de ce colloque d'avoir osé affronter courageusement la tempête législative ! Et souhaitons tout de même pour l'avenir un peu d'accalmie...