

Droit commercial général

Leçon 6 : Les interférences entre le statut professionnel et le statut privé du commerçant

, Edith BLARY-CLEMENT

, Gonzague GRAVE

Table des matières

Section 1. L'incidence du statut matrimonial sur l'exercice du commerce.....	p. 2
§1. L'exercice séparé d'activités commerciales.....	p. 2
§2. L'exercice en commun d'activités commerciales.....	p. 4
A - L'identité de statut.....	p. 4
1. La co-exploitation.....	p. 4
2. Les époux coassociés.....	p. 4
B - Le statut du conjoint travaillant dans l'entreprise.....	p. 5
1. Le conjoint salarié.....	p. 6
2. Le conjoint collaborateur.....	p. 6
Section 2. Les incidences patrimoniales.....	p. 10
§1. La création d'une société à risque limité.....	p. 10
§2. Les solutions issues de la loi « Madelin ».....	p. 10
§3. L'insaisissabilité de la résidence principale et la déclaration notariée d'insaisissabilité.....	p. 11
A - Présentation du dispositif.....	p. 12
1. Les différences.....	p. 12
2. Les points communs.....	p. 13
B - Effets.....	p. 13
§4. L'entrepreneur exerçant en nom propre.....	p. 16
A - L'EIRL.....	p. 16
1. La constitution de l'EIRL.....	p. 17
2. Les effets.....	p. 18
B - L'entrepreneur individuel (EI).....	p. 19
1. Présentation du statut.....	p. 20
2. Le transfert du patrimoine professionnel.....	p. 24
§5. La fiducie.....	p. 26

Elles concernaient essentiellement les commerçants personnes physiques. Mais les solutions ont été progressivement étendues à tous les chefs d'entreprises commerciales, artisanales et libérales voire aux gérants associés uniques des EURL et, pour les dispositions les plus récentes aux gérants majoritaires des SARL.

Remarque

Ce constatant, on notera une nouvelle fois le recul de la distinction commerçant / non commerçant au profit de la notion de professionnel et/ou de chef d'entreprise.

Il nous faut envisager les incidences du statut matrimonial sur l'exercice des professions puis nous parlerons du patrimoine de l'entrepreneur.

Section 1. L'incidence du statut matrimonial sur l'exercice du commerce

De nombreuses interférences peuvent être relevées entre le statut matrimonial et le statut professionnel. Le fait que le commerçant soit marié ou non, et lorsqu'il est marié, le régime matrimonial adopté, ont d'importantes conséquences. Nous ne reviendrons pas sur l'évolution de la législation en matière de régime matrimonial qui fait l'objet d'autres études.

Remarque

Simplement rappelons que depuis la loi du 23 décembre 1985, le principe est celui de l'égalité des époux notamment dans l'exercice des professions.

Ce principe est clairement énoncé à l'article 223 du Code civil aux termes duquel chaque époux peut librement exercer une profession, percevoir ses gains et salaires et en disposer après s'être acquitté des charges du mariage. Ce principe est repris implicitement à l'article 1421 al. 2 du même code qui permet sa mise en œuvre dans le cadre communautaire. En effet, **l'époux qui exerce une profession séparée a seul le pouvoir d'accomplir les actes d'administration et de disposition nécessaires à celle-ci.**

Cependant le mariage n'est pas tout à fait indifférent en ce sens qu'il emporte des conséquences sur la situation patrimoniale des époux et rejaillit sur leurs pouvoirs. D'ailleurs, l'existence même du mariage du commerçant figure parmi les mentions publiées au registre du commerce et des sociétés, bien que le législateur ait récemment supprimé la référence directe au régime matrimonial régissant les rapports patrimoniaux des époux. L'ordonnance n° 2005-428 du 6 mai 2005 a, en effet, abrogé ou modifié les dispositions qui, dans le Code civil, imposaient la publication du contrat de mariage et de ses modifications lorsqu'un des époux est commerçant. Le décret n° 2005-530 du 24 mai 2005 en a tiré les conséquences. Il ne faudrait toutefois pas conclure à la totale indifférence du régime matrimonial. Il continue à exercer une influence certaine. En pratique, plusieurs cas de figure peuvent se présenter selon que le commerce est exercé par un seul des époux sans que l'autre n'intervienne aucunement, ils ont chacun des professions bien séparées. Et s'ils sont tous deux commerçants, ils exercent des commerces distincts. Les choses sont un peu différentes lorsqu'ils travaillent ensemble il faut alors surtout se préoccuper du statut du conjoint.

§1. L'exercice séparé d'activités commerciales

L'apport essentiel de la loi de 1985 est d'avoir bilatéralisé des solutions qui étaient prévues initialement au bénéfice du seul mari et donc de placer les époux sur un strict pied d'égalité en ce qui concerne notamment l'exercice des professions.

Il n'y a plus lieu de distinguer entre mari et femme. Ils peuvent l'un et l'autre, l'un comme l'autre, créer, acquérir un fonds de commerce, le gérer, l'exploiter etc. Quel que soit le régime matrimonial, les engagements professionnels seront exécutés sur les biens personnels du commerçant. En régime de communauté, le commerçant engage en plus par ses dettes l'ensemble des biens communs à l'exception, toutefois, des revenus professionnels de son conjoint.

Remarque

On notera cependant que quelques règles viennent limiter les risques pour le ménage. Ainsi, les actes graves nécessitent le consentement des deux époux pour engager la communauté. Ils sont soumis à cogestion. Ils sont énumérés par les articles [1422](#), [1424](#) et [1425](#) du Code civil. Ainsi les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, affecter l'un des biens de la communauté à la garantie de la dette d'un tiers (art. [1422](#), al. 2 du C. civ.).

Les emprunts et cautionnements suivent également un régime particulier. Ces règles peuvent s'analyser comme autant d'obstacles à l'exercice indépendant du commerce par un époux. Mais malgré ces inconvénients liés au régime de communauté, le chemin parcouru est immense lorsque l'on sait combien la femme était bridée dans l'exercice de ses activités professionnelles, il n'y a pas si longtemps encore.

Enfin, il faut citer le nouvel article [1387-1](#) du Code civil. En effet, lorsque la crise est irrémédiable et que le **divorce** est prononcé, l'article 1387-1 du Code civil offre au juge la possibilité de faire **supporter les dettes ou les sûretés liées à l'activité commerciale par un seul des époux**. Ce texte s'inscrit dans une logique de protection du conjoint du commerçant. Il dispose, en effet, que lorsque le divorce est prononcé, si des dettes ou sûretés ont été consenties par les époux, solidairement ou séparément, dans le cadre de la gestion d'une entreprise, le tribunal de grande instance peut décider d'en faire supporter la charge exclusive au conjoint qui conserve le patrimoine professionnel ou, à défaut, la qualification professionnelle ayant servi de fondement à l'entreprise. Il envisage donc le sort des dettes pour les mettre à la charge de celui qui poursuivra l'activité. Cette disposition a fait l'objet de nombreuses critiques notamment en raison de son ambiguïté et des risques potentiels pour les tiers et partant le crédit qu'il recèle. En effet, il n'indique pas clairement si le juge se prononce sur la contribution à la dette -(auquel cas les droits des créanciers ne seraient pas menacés)-, ou plus énergiquement sur l'obligation à la dette déchargeant ainsi le conjoint divorcé d'un engagement qu'il avait souscrit.

Exemple

Une première décision opte pour la première hypothèse qui est sans doute la plus raisonnable mais qui vide amplement le texte de son intérêt (TGI Evreux, 17 novembre 2006, LPA 15 août 2007, n° 163, p. 10). Un arrêt très intéressant de la cour d'appel de Colmar doit également être signalé, il se prononce également dans le même sens : « *cette disposition (art. 1387-1), peut-on lire, ne vise à régir que la contribution entre les anciens époux, et non pas le droit de poursuite du créancier (...)* », il précise ensuite que « *l'application de cette disposition est expressément voulue comme facultative pour le juge (...)* ». » ([Colmar, 17 décembre 2008, N° RG 07/02855 inédit consultable sur légifrance](#)). Voir également sur cette question, J Casey, « Les cours d'appel ont rendu leurs premiers arrêts sur la mise en œuvre de l'article 1387-1 du Code civil », *RJPF* 2009, 6/25). Le texte ne concerne donc que les rapports des époux entre eux, l'obligation à la dette n'est pas modifiée.

Les premiers bilans d'application de l'article 1387-1 montrent que les juges appliquent strictement les exigences légales (conditions posées quant aux dettes, conservation du patrimoine ou de la qualification professionnelle), y ajoutant de surcroît l'absence d'intérêt personnel ou familial retiré par le demandeur.

Exemple

Sur ce point, l'appréciation des éléments de fait relève des juges du fond comme l'a rappelé la Cour de cassation dans l'arrêt du 5 septembre 2018 (Cass. com., 5 septembre 2018, n° [17-23.120](#)), premier arrêt rendu par la Cour de cassation (V. F. Dekeuwer-Défossez, « Le régime de l'article 1387-1 du Code civil se précise ! », *RJPF*, octobre 2018, n° 10, p. 29).

L'article [1387-1](#) du Code civil n'en demeure pas moins une parfaite illustration de volonté de protéger le conjoint qui n'est pas lui-même chef d'entreprise mais qui doit, néanmoins, supporter les dettes générées par l'activité de l'autre (En ce sens E. Blary-Clément, « De quelques mesures protectrices du conjoint du chef d'entreprise », *RJPF* 2006, analyse p. 6).

§2. L'exercice en commun d'activités commerciales

La première hypothèse est celle de la coexploitation qui demeure possible malgré les conséquences qui peuvent y être attachées. Les époux sont tous deux commerçants ou associés dans la même société exploitant le fonds de commerce.

Ils ont un statut identique.

Mais cela n'est pas toujours le cas. Il arrive assez souvent qu'un seul des époux soit commerçant, il faut alors s'interroger sur le statut de son conjoint lorsque celui-ci travaille dans l'entreprise.

A - L'identité de statut

Les conjoints sont soit co-exploitants ou coassociés.

1. La co-exploitation

Elle demeure possible malgré les termes de l'article [L. 121-3](#) Code de commerce (ancien article 4 du Code de commerce dans sa rédaction issue de la loi du 10 juillet 1982). En effet, la modification de l'article 4 du Code de commerce en 1982 avait ouvert une polémique doctrinale sur le point de savoir si la co-exploitation était toujours possible.

Exemple

La Cour de cassation a cependant maintenu sa jurisprudence antérieure considérant par exemple qu'il y a lieu d'ouvrir une procédure de redressement judiciaire à l'encontre de chacun des deux époux dès lors que chacun d'eux avait acquis la qualité de commerçant en accomplissant des actes de commerce de façon habituelle et indépendante au sein de l'activité commune. La même solution est retenue en 1991 à l'encontre d'un mari qui avait entretenu avec la clientèle de l'épouse des relations suivies et fréquentes, avait conclu des contrats, dont le nom figurait dans les publicités du magasin ... (Cass. com., 15 octobre 1991, n° 89-19281).

L'article [L. 121-3](#) aux termes duquel le conjoint d'un commerçant n'est réputé lui-même commerçant que s'il exerce une activité commerciale séparée de celle de son époux, n'emporte donc qu'une présomption simple de non commercialité.

Les époux peuvent donc assurer ensemble la direction d'une même entreprise commerciale et avoir tous deux la qualité de commerçant. Chacun accomplit dans ce cas des actes de commerce à titre habituel et de manière indépendante au sein de l'activité commune, peu importe qu'un seul soit inscrit au RCS. Toutes les conséquences inhérentes à la qualité de commerçant lui sont applicables. Ils sont tenus solidairement des dettes afférentes à l'activité et peuvent subir une procédure collective. C'est alors l'ensemble du patrimoine des deux époux qui se trouve engagé.

Les conséquences peuvent être dramatiques, c'est ce qui explique l'article [L. 121-3](#) du Code de commerce.

Les conséquences peuvent aussi être dramatiques lorsque les époux sont associés dans une même société.

2. Les époux coassociés

Après une longue période d'incertitudes tant légales que jurisprudentielles, la loi du 23 décembre 1985 est venue mettre un terme aux controverses : il est désormais permis à deux époux d'être, seuls ou avec d'autres, associés dans une même société et participer ensemble ou non à la gestion sociale (article [1832-1](#) du Code civil).

La loi de 1985 a généralisé une solution déjà adoptée en matière de sociétés de capitaux. Cela étant, tous les problèmes ne sont pas résolus. Et le choix du régime communautaire emporte toujours d'importantes conséquences. Ainsi des dispositions spécifiques existent lorsque les époux emploient des biens communs pour faire un apport en société ou acquérir des parts sociales non négociables.

L'article [1832-2](#) dispose en effet, qu'un époux ne peut, sous la sanction prévue à l'article [1427](#), employer des biens communs pour faire un apport à une société ou acquérir des parts sociales non négociables sans que son conjoint en ait été averti et sans qu'il en soit justifié dans l'acte.

La qualité d'associé est reconnue à celui des époux qui fait l'apport ou réalise l'acquisition. La qualité d'associé est également reconnue, pour la moitié des parts souscrites ou acquises, au conjoint qui a notifié à la société son intention d'être personnellement associé. Lorsqu'il notifie son intention lors de l'apport ou de l'acquisition, l'acceptation ou l'agrément des associés vaut pour les deux époux. Si cette notification est postérieure à l'apport ou à l'acquisition, les clauses d'agrément prévues à cet effet par les statuts sont opposables au conjoint ; lors de la délibération sur l'agrément, l'époux associé ne participe pas au vote et ses parts ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité. Les dispositions du présent article ne sont applicables que dans les sociétés dont les parts ne sont pas négociables et seulement jusqu'à la dissolution de la communauté. Le conjoint peut revendiquer cette qualité tant que le jugement de divorce n'est pas devenu définitif (Cass. com., 18 nov. 1997, *Dalloz affaires* 1998.83, Bull. Joly 1998.221, note J. Derruppé, *Petites affiches* 1^{er} juillet 1998, p. 28, note D. Ponsot).

L'époux peut renoncer à la qualité d'associé. La renonciation est définitive (Cass. com., 11 janvier 1993, *Bull. IV*, n° 9).

Lorsque les deux époux sont associés, ils peuvent avoir des statuts différents selon leur implication dans la société et la nature de la société.

Dans la SNC, ils sont commerçants. Tous les associés des SNC sont commerçants.. Ils sont même, sauf disposition contraire des statuts, tous gérants.

Dans les sociétés commerciales à risque limité, ils ne sont pas commerçants. Pour déterminer le statut, on recherchera si le conjoint travaille dans l'entreprise ou non.

Lorsqu'il ne travaille pas dans l'entreprise, il est un associé ordinaire sous réserve de ce qui a été dit ci-dessus à propos des époux communs en biens.

Lorsque le conjoint associé travaille dans l'entreprise sans être salarié, la loi du 2 août 2005 est venue lui imposer de nouvelles obligations notamment en matière de sécurité sociale. Le nouvel article [L. 622-8](#) du Code de la sécurité sociale lui impose une affiliation personnelle et le paiement de cotisations en contrepartie il bénéficie de nouveaux droits.

B - Le statut du conjoint travaillant dans l'entreprise

Outre qu'il peut être co-exploitant ou coassocié, lorsqu'il travaille dans l'entreprise familiale, le conjoint du chef d'entreprise peut aussi être salarié ou conjoint collaborateur. La loi n° [2019-486](#) du 22 mai 2019 a modifié les textes et impose dorénavant le choix d'un statut mettant ainsi un terme à la collaboration régulière informelle. Et à défaut de déclaration d'activité professionnelle, le conjoint est réputé avoir exercé sous le statut de conjoint salarié.

Parallèlement, la loi du 22 mai 2019 précitée a ouvert le dispositif légal à d'autres personnes que les commerçants et artisans qui en bénéficiaient déjà.

L'article [L. 121-4](#) impose au conjoint de l'entrepreneur le choix d'un des statuts suivants :

1. Conjoint collaborateur ;
2. Conjoint salarié ;

3. Conjoint associé.

Il est également précisé que dans le cadre sociétaire, le statut de conjoint collaborateur n'est autorisé qu'au conjoint du gérant associé unique ou du gérant associé majoritaire d'une société à responsabilité limitée ou d'une société d'exercice libéral à responsabilité limitée répondant à des conditions de seuils fixées par décret en Conseil d'État (v. Décret n° 2006-966 du 1^{er} août 2006). Le choix effectué par le conjoint du gérant associé majoritaire de bénéficier du statut de conjoint collaborateur est porté à la connaissance des associés lors de la première assemblée générale suivant la mention de ce statut auprès des organismes mentionnés au IV. Les droits et obligations professionnels et sociaux du conjoint résultent du statut pour lequel il a opté.

Remarque

Mais, on peut noter qu'il existe de nombreuses règles communes à l'ensemble des conjoints travaillant dans l'entreprise.

1. Le conjoint salarié

Lorsqu'un conjoint est salarié dans une entreprise familiale, il bénéficie du statut social et fiscal applicable à tout salarié.

Il doit donc être considéré comme un salarié ordinaire dès lors qu'il participe effectivement à l'activité de l'entreprise à titre professionnel et habituel ; en d'autres termes, dès lors que son emploi n'est pas fictif.

La question du lien de subordination n'a pas lieu d'être posée.

Exemple

Ainsi en a décidé la Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 6 novembre 2001 (Cass. soc., 6 novembre 2001, n° 99-40756).

Il en résulte qu'il n'est pas nécessaire de rechercher si un tel lien existe dès lors qu'il est établi que le conjoint participe effectivement à l'activité ou à l'entreprise et qu'il est rémunéré. Le lien de subordination est présumé. On peut aujourd'hui même affirmer que cette présomption a un caractère irréfragable.

En un mot, le conjoint salarié bénéficie de tous les avantages du salariat (assurances maladie, chômage, formation, retraite, épargne collective) ; avantages d'ailleurs étendus aujourd'hui pour un certain nombre au conjoint collaborateur et au conjoint associé.

2. Le conjoint collaborateur

La première innovation de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 est d'imposer le choix d'un statut et de mettre fin à la collaboration hors statut encore appelée « collaboration informelle ». La solution ne surprend pas totalement.

Exemple

Un premier pas en ce sens avait déjà été fait par la Chambre criminelle en 2002. Aux termes d'un arrêt du 22 octobre 2002 se rend, en effet, coupable de travail dissimulé l'exploitant d'un fonds de commerce qui emploie son épouse de façon durable et permanente, dans un rapport de subordination, sans l'avoir déclarée aux organismes sociaux, ni l'avoir inscrite au registre du personnel et sans lui avoir remis de bulletins de paye. Les magistrats avaient relevé en l'espèce que l'épouse n'avait ni le statut de conjoint associé ni celui de conjoint collaborateur, faute d'avoir été enregistrée à ce titre au répertoire des métiers ou au registre du commerce et d'avoir été affiliée à une caisse de retraite spécifique. Ils en avaient déduit qu'elle ne pouvait exercer son activité que dans le cadre d'un contrat de travail. Or, les formalités propres au travail salarié n'ayant pas été respectées, la situation relevait du travail dissimulé (Cass. crim., 22 octobre 2002, n° 02-81859).

Cette position fort regrettable a pour conséquence d'exclure toute possibilité de collaboration informelle entre époux alors même qu'en pratique c'est la solution la plus utilisée. Malgré les critiques de la doctrine, la loi nouvelle a non seulement généralisé la solution mais elle l'a également étendue au cadre sociétaire. Et plus

récemment, lesdites dispositions ont été rendues applicables aux conjoints des agents commerciaux, puis en 2008, aux personnes liées au chef d'entreprise par un pacte civil de solidarité.

Ainsi, le bénéfice du statut de conjoint collaborateur est ouvert non seulement aux conjoints des gérants associés uniques des EURL et aux conjoints des gérants associés majoritaires des SARL et des SELARL mais aussi aux pacsés.

En ce qui concerne les sociétés, le législateur fait prévaloir la personne physique sur la forme juridique. Le phénomène n'est pas tout à fait nouveau ; en matière d'EURL déjà, de nombreux textes consacrent l'assimilation de l'associé unique au commerçant.

Remarque

Plus remarquable peut-être est l'extension aux gérants majoritaires de SARL et de SELARL, d'autant que le texte fait peu de cas de l'avis des coassociés. En effet, il prévoit simplement que le choix effectué par le conjoint du gérant de bénéficier du statut de conjoint collaborateur est porté à la connaissance des associés lors de la première assemblée suivant la mention de ce statut au registre du commerce et des sociétés. Il ne semble pas que les coassociés puissent s'opposer au choix du conjoint du dirigeant.

Certes, par hypothèse, le gérant est associé majoritaire ; il a donc un large pouvoir de décision. Mais ignorer totalement l'opinion des autres associés, c'est une façon de faire fi de la personne morale et de reconnaître implicitement la fictivité de la société ou tout au moins le défaut d'*affectio societatis*. On peut craindre une résurgence du contentieux de la dissolution pour mésentente.

Remarque

Il serait sans doute beaucoup plus simple que le conjoint soit lui-même associé sauf à dire que cela n'est pas toujours possible, la participation aux sociétés d'exercice libérale à responsabilité limitée étant encadrée.

On peut se réjouir que la publication du décret du 1^{er} août 2006 permette dorénavant une application effective des textes.

Le conjoint collaborateur est défini comme le conjoint d'un chef d'entreprise commerciale, artisanale ou libérale, qui exerce une activité professionnelle régulière dans l'entreprise sans percevoir de rémunération et sans avoir la qualité d'associé au sens de l'article 1832 du Code civil.

Cette activité ne doit pas forcément être exclusive (art. R. 121-2 du C. com.).

Le conjoint collaborateur peut exercer une activité à temps partiel dans une autre entreprise. Toutefois, les conjoints qui exercent à l'extérieur une activité salariée d'une durée au moins égale à la moitié de la durée légale du travail, ou une activité non salariée, sont présumés ne pas exercer dans l'entreprise une activité professionnelle de manière régulière. La question qui ne manquera pas de se poser est celle de nature simple ou irréfutable de cette présomption.

Pour bénéficier du statut, une déclaration doit être faite au centre des formalités des entreprises soit dans le dossier unique lors de la création de l'entreprise soit par déclaration modificative lors que le choix intervient après la création. En cas de cessation de l'activité, la radiation doit être demandée dans un délai de deux mois. Le centre notifie au conjoint la réception de sa déclaration et le choix du statut est mentionné au RCS ou au répertoire des métiers.

Lorsque toutes les conditions sont remplies le conjoint collaborateur bénéficie d'un véritable statut professionnel et social que la loi du 2 août 2005 est venue compléter et préciser.

Le conjoint collaborateur est électeur et éligible, comme le commerçant lui-même aux Chambres de commerce et d'industrie et aux tribunaux de commerce.

Il est réputé avoir reçu du chef d'entreprise le mandat d'accomplir au nom de ce dernier les actes d'administration concernant les besoins de l'entreprise. Il peut donc passer les commandes auprès des

fournisseurs, effectuer les opérations de commerce habituelles, représenter le chef d'entreprise auprès des divers organismes.

Les textes instituent une présomption légale qui devient irréfragable à l'égard des tiers.

En effet, le nouvel article [L. 121-7](#) précise dorénavant que dans les rapports avec les tiers, les actes de gestion et d'administration accomplis pour les besoins de l'entreprise par le conjoint collaborateur sont réputés l'être pour le compte du chef d'entreprise et n'entraînent à la charge du conjoint collaborateur aucune obligation personnelle. L'accomplissement de tels actes ne confère pas la commercialité au conjoint collaborateur. Il est protégé, sa responsabilité ne peut être engagée par les dits actes. La présomption de mandant dure jusqu'à la dissolution du mariage, la séparation de corps ou de biens des époux. Il peut encore y être mis fin en cas d'absence et par déclaration notariée (art. [L. 121-6](#) du Code de commerce). Le conjoint collaborateur bénéficie d'une protection sociale qui sera nettement améliorée à l'entrée en application de la loi du 2 août 2005. L'étude relève du droit du travail et de la protection sociale à laquelle il faut renvoyer notamment s'agissant des modalités de calcul des cotisations ou du rachat des années antérieures de cotisations etc.

Remarque

Au-delà de ces questions techniques, on notera que le travail du conjoint dans l'entreprise est beaucoup mieux pris en compte. Il suffit pour s'en rendre compte de se reporter à l'article 17 de la loi du 2 août 2005.

Cela étant, déjà l'article [L. 121-5](#) conférait des droits spécifiques au conjoint travaillant dans l'entreprise en renforçant la cogestion des biens de communauté.

En effet, le commerçant ne peut, sans le consentement exprès de son conjoint, lorsque celui-ci participe à son activité professionnelle en qualité de conjoint travaillant dans l'entreprise, aliéner ou grever de droits réels les éléments du fonds de commerce ou de l'entreprise artisanale dépendant de la communauté, qui, par leur importance ou par leur nature, sont nécessaires à l'exploitation de l'entreprise, ni donner à bail ce fonds de commerce ou cette entreprise artisanale. Il ne peut, sans ce consentement exprès, percevoir les capitaux provenant de telles opérations. Le conjoint qui n'a pas donné son consentement exprès à l'acte peut en demander l'annulation. L'action en nullité lui est ouverte pendant deux années à compter du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus de deux ans après la dissolution de la communauté.

Pour tenir compte de l'absence de rémunération, l'article 14 de la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 offre au conjoint qui justifie avoir participé à l'activité de l'entreprise pendant dix ans sans recevoir de salaire ou être associé aux bénéfices et aux pertes, le bénéfice d'un droit de créance contre la succession du commerçant. Le montant de cette créance est égal à trois fois le montant annuel du SMIC dans la limite de 25 % de l'actif successoral. Il peut également bénéficier de l'attribution préférentielle.

En conclusion, on ne peut que se féliciter de l'amélioration du statut des conjoints travaillant dans l'entreprise et de la volonté d'imposer le choix d'un statut au conjoint qui travaille de manière régulière sans être rémunéré.

Remarque

On notera néanmoins que si les textes imposent ce choix, rejetant toute idée de collaboration informelle précisant même que les conjoints non déclarés à la date de publication du décret de 1^{er} août 2006 doivent faire leur déclaration au plus tard le premier jour du quatrième trimestre civil suivant cette date (art. 9 du décret), ils ne précisent pas les sanctions du défaut de déclaration. Il ne faut pas conclure qu'il n'y en a pas. Nous pensons que la collaboration régulière sans choix d'un statut pourra être sanctionnée au titre du travail dissimulé.

Notons que l'article 24 de la loi n° [2021-1754](#) du 23 décembre 2021 de financement de la sécurité sociale pour 2022 a modifié l'intitulé de la section 2 du chapitre 1er du titre II du livre 1er du Code de commerce pour y inclure les concubins du chef d'entreprise. Cette modification a pour conséquence d'étendre le statut de conjoint collaborateur à la personne vivant en concubinage avec le chef d'entreprise. Avant cette réforme, ce statut n'était ouvert qu'aux personnes mariées ou aux personnes liées au chef d'entreprise par un pacte de solidarité depuis la loi du 4 août 2008 (V. [annexe 9](#) du projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2022).

Par ailleurs, la **loi du 23 décembre 2021 précitée a ajouté un IV bis à l'article L. 121-4 du Code de commerce limitant à cinq ans la possibilité d'exercer sous le statut de conjoint collaborateur**. Au-delà de cette durée, le conjoint continuant à exercer une activité professionnelle de manière régulière dans l'entreprise doit opter soit pour le statut de conjoint salarié, soit pour celui de conjoint associé. À défaut de déclaration, il est réputé avoir opté pour le statut de conjoint salarié. Cet ajout poursuit, selon l'annexe 9 du projet de loi, l'objectif de favoriser l'exercice d'une activité professionnelle rémunératrice et d'avantage créatrice de droits sociaux.

Section 2. Les incidences patrimoniales

Le principe, malgré des atténuations de plus en plus nombreuses, est celui de l'unité du patrimoine.

Principe qui crée quelques difficultés en matière commerciale et plus largement dans l'exercice des professions artisanales, commerciales, industrielles et libérales. En effet, selon la théorie de l'unité du patrimoine d'Aubry et Rau, toute personne a un patrimoine et un seul, composé d'un actif et d'un passif, la totalité de l'actif répondant de la totalité du passif. Et aux termes de l'article [2284](#) du Code civil, quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir. On sait aussi que les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers.

Selon la théorie de l'unité du patrimoine d'Aubry et Rau, toute personne a un patrimoine et un seul, composé d'un actif et d'un passif, la totalité de l'actif répondant de la totalité du passif.

Et selon cette théorie toujours, on ne peut isoler au sein de ce patrimoine une masse de biens. En d'autres termes, il ne peut y avoir de patrimoine d'affectation. Appliquée au commerçant, cela signifie que dans son patrimoine se trouvent aussi bien ses biens personnels que ceux nécessaires à son activité et que l'ensemble des biens répond de l'ensemble des dettes sans distinction selon leur origine privée ou professionnelle. En cas de difficultés, eux-même de voir l'ensemble du patrimoine absorbé par les difficultés de l'entreprise. C'est pourquoi quelques palliatifs ont été imaginés pour réduire ces risques.

Pour atténuer la rigueur de ce principe, quelques solutions ont été trouvées qui constituent autant de palliatifs qui ne sont pas totalement satisfaisants.

Nous envisagerons dans les développements qui suivent quelques-uns des remèdes mis en place par le législateur, sachant que la réflexion la plus aboutie a permis la création d'une entreprise à patrimoine affecté, l'EIRL qui peut être regardée comme une véritable atteinte au principe de l'unité du patrimoine (Cf G. Delmas, « Que penser de l'entreprise à patrimoine affecté ? », *RLDC*, oct. 2009, n° 64, p. 59).

§1. La création d'une société à risque limité

Une première solution a consisté en la création d'une société à risque limité à laquelle le commerçant apporte l'entreprise commerciale.

C'est à cet effet qu'ont été créées les EURL et plus récemment les SASU et autres sociétés unipersonnelles. La création de la société donne naissance à une nouvelle entité juridique qui a un patrimoine propre et autonome par rapport au patrimoine de l'associé. La responsabilité de l'associé étant limitée à son apport, ses biens sont en théorie à l'abri des poursuites des créanciers de la société.

Cette solution n'est qu'un palliatif :

- d'abord parce que les biens sortent du patrimoine du commerçant, il n'en est plus propriétaire,
- ensuite parce que les dettes antérieures à l'apport restent à sa charge,
- enfin, parce que la limitation de responsabilité est souvent illusoire. Le crédit est le moteur du commerce et les banques notamment n'hésitent pas à demander des garanties personnelles à l'associé unique qui est amené à cautionner sur ses biens personnels les engagements de la société. En cas de difficultés, les banques se retournent contre l'associé caution.

§2. Les solutions issues de la loi « Madelin »

Pour encourager la création d'entreprises, le législateur a organisé une première ébauche de séparation des patrimoines privé et professionnel au travers de la loi Madelin du 11 février 1994 qui s'est cependant avérée insuffisante.

Dans le cadre de la loi Madelin, la protection de l'entrepreneur est prévue à deux niveaux.

Lors de la prise de garanties, le banquier doit proposer à l'entrepreneur individuel de prendre des garanties réelles sur les biens professionnels avant de prendre une sûreté personnelle ou réelle sur les biens personnels. La proposition doit être faite par écrit mais le banquier peut refuser la garantie offerte par l'entrepreneur, s'il lui la juge insuffisante par exemple. Lors de l'exécution forcée d'une créance professionnelle, le débiteur peut demander que cette exécution ait lieu prioritairement sur les biens nécessaires à l'exploitation. Encore faut-il qu'ils soient suffisants pour permettre le recouvrement de la créance. Notons que ce dispositif a été très critiqué. Finalement il est et peu usité figure aujourd'hui à l'article [L. 313-21](#) du Code monétaire et financier aux termes duquel :

« A l'occasion de tout concours financier qu'il envisage de consentir à un entrepreneur individuel pour les besoins de son activité professionnelle, l'établissement de crédit ou la société de financement qui a l'intention de demander une sûreté réelle sur un bien non nécessaire à l'exploitation ou une sûreté personnelle consentie par une personne physique doit informer par écrit l'entrepreneur de la possibilité qui lui est offerte de proposer une garantie sur les biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise ou de solliciter une garantie auprès d'un autre établissement de crédit, d'une société de financement ou d'une entreprise d'assurance habilitée à pratiquer les opérations de caution. L'établissement de crédit ou la société de financement indique, compte tenu du montant du concours financier sollicité, le montant de la garantie qu'il souhaite obtenir.

A défaut de réponse de l'entrepreneur individuel dans un délai de quinze jours ou en cas de refus par l'établissement de crédit ou la société de financement de la garantie proposée par l'entrepreneur individuel, l'établissement de crédit ou la société de financement fait connaître à ce dernier le montant chiffré des garanties qu'il souhaite prendre sur les biens non nécessaires à l'exploitation de l'entreprise ou auprès de tout autre garant. En cas de désaccord de l'entrepreneur, l'établissement de crédit ou la société de financement peut renoncer à consentir le concours financier sans que sa responsabilité puisse être mise en cause.

L'établissement de crédit ou la société de financement qui n'a pas respecté les formalités prévues aux premier et deuxième alinéas ne peut dans ses relations avec l'entrepreneur individuel se prévaloir des garanties qu'il aurait prises. En cas de garantie constituée par une sûreté immobilière ou mobilière donnant lieu à publicité, l'établissement de crédit ou la société de financement ne peut plus s'en prévaloir à compter de la radiation de l'inscription de la sûreté. »

§3. L'insaisissabilité de la résidence principale et la déclaration notariée d'insaisissabilité

Trois lois ont successivement forgé le régime de l'insaisissabilité de la résidence principale et des biens fonciers non affectés à un usage professionnel. Il s'agit des lois :

- « Dutreuil » la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 sur l'initiative économique,
- « LME » loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie et
- « Macron » loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

Dans les trois cas, l'objectif est de rendre insaisissables pour les créanciers dont la créance est née à l'occasion de l'exercice de la profession, certains biens qui ne sont pas affectés à l'usage professionnel.

La loi Dutreuil a mis en place un système d'insaisissabilité sur déclaration de la résidence principale, la loi LME a étendu cette possibilité à tout bien foncier bâti ou non bâti qui n'est pas affecté à un usage professionnel. La loi Macron prévoit une insaisissabilité de plein droit de la résidence principale et une insaisissabilité sur déclaration pour les autres biens.

C'est ainsi que dans sa rédaction actuelle, l'article [L. 526-1](#) du Code de commerce français dispose, alinéa 1^{er} :
« Par dérogation aux articles 2284 et 2285 du code civil, les droits d'une personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale sont de droit insaisissables par les créanciers dont les droits naissent à l'occasion de l'activité professionnelle de la personne. Lorsque la résidence principale

est utilisée en partie pour un usage professionnel, la partie non utilisée pour un usage professionnel est de droit insaisissable, sans qu'un état descriptif de division soit nécessaire. La domiciliation de la personne dans son local d'habitation en application de l'article L. 123-10 du présent code ne fait pas obstacle à ce que ce local soit de droit insaisissable, sans qu'un état descriptif de division soit nécessaire ».

Le texte se poursuit par un alinéa, 2 aux termes duquel :

« Par dérogation aux articles 2284 et 2285 du code civil, une personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante peut déclarer insaisissables ses droits sur tout bien foncier, bâti ou non bâti, qu'elle n'a pas affecté à son usage professionnel. Cette déclaration, publiée au fichier immobilier ou, dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, au livre foncier, n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers dont les droits naissent, après sa publication, à l'occasion de l'activité professionnelle du déclarant. Lorsque le bien foncier n'est pas utilisé en totalité pour un usage professionnel, la partie non affectée à un usage professionnel ne peut faire l'objet de la déclaration qu'à la condition d'être désignée dans un état descriptif de division ».

Nous allons présenter le dispositif puis apprécier ses effets.

A - Présentation du dispositif

A partir de l'entrée en vigueur de la loi du 6 août 2015, une distinction doit donc être opérée entre le régime applicable à la résidence principale qui joue de plein droit et celui des autres biens fonciers qui nécessite une démarche volontaire de l'entrepreneur. Si cette distinction emporte des conséquences quant au formalisme et à la prise d'effet de la protection, par exemple, nombre de questions demeurent communes.

1. Les différences

Elles portent tout d'abord :

- **Sur le formalisme de la déclaration notariée d'insaisissabilité.** Pour assurer l'information et la protection des tiers, la déclaration est notariée à peine de nullité. Elle est publiée au fichier immobilier. La déclaration contient la description détaillée des biens et indique s'ils sont propres, communs ou indivis. Notons que dans les départements de l'Est de la France, la déclaration est publiée au livre foncier. Cette déclaration est également mentionnée au RCS pour l'entrepreneur individuel commerçant ou dans tout autre registre de publicité à caractère professionnel selon la profession : par exemple, au répertoire des métiers pour l'artisan. A défaut de registre, une publicité dans un journal d'annonces légales est prévue.

En revanche, l'immeuble où est fixée sa résidence principale bénéficie d'une insaisissabilité de plein droit. Le législateur a opté pour une protection sans frais ni formalités. Il n'est donc plus besoin à l'entrepreneur de faire une quelconque déclaration notariée et de la publier.

Remarque

Cependant, il incombe à l'entrepreneur individuel qui entend soustraire son bien immobilier du droit de gage générale des créanciers de la procédure collective, d'apporter la preuve que cet immeuble constituait bien sa résidence principale lors de l'ouverture de la procédure collective (v. CE, 9^{ème} ch., 10 mars 2023, n° [465332](#) ; Cass. com., 14 juin 2023, n° [21-24.207](#) ; Cass. com., 25 octobre 2023, n° [21-21.694](#) ; Cass. com. 22 novembre 2023, n° [22-18.795](#)). Il s'agit, en somme, de l'application des règles classiques de la charge de la preuve, de l'application de l'adage « *actori incumbit probatio, reus in excipiendo fit actor* ».

- **L'objet de la DNI** : Peut faire l'objet de la déclaration tout bien foncier, bâti ou non bâti, non affecté à un usage professionnel.

- **Le traitement différencié des biens mixtes** : Lorsque la résidence principale est utilisée en partie pour un usage professionnel, la partie non utilisée pour un usage professionnel est de droit insaisissable, sans qu'un état descriptif de division soit nécessaire.

Lorsque le bien foncier n'est pas utilisé en totalité pour un usage professionnel, la partie non affectée à un usage professionnel ne peut faire l'objet de la déclaration qu'à la condition d'être désignée dans un état descriptif de division. La domiciliation de la personne dans son local d'habitation en application de l'article [L. 123-10](#) du présent code ne fait pas obstacle à ce que ce local soit de droit insaisissable, sans qu'un état descriptif de division soit nécessaire.

2. Les points communs

- **La nature immobilière des biens concernés** : immeuble où est fixée la résidence principale ou tout bien foncier, bâti ou non bâti,, sont donc exclus les droits mobiliers notamment les parts sociales de SCI, même si la résidence du commerçant est fixée dans un immeuble appartenant à une société civile dont il possède des parts sociales. Cette précision a été apportée par une réponse ministérielle publiée le 5 avril 2005 (rép. Min. n° 52819, JOAN 5 avril, p. 3540).

- **L'usage non professionnel.**

Cela va de soi pour l'immeuble où se situe la résidence principale ; Pour les autres biens fonciers, ne peuvent être déclarés insaisissables que les biens non affectés à l'usage professionnel du déclarant qui restent saisissables par l'ensemble de ses créanciers.

Se pose la question des biens communs ou indivis. Lorsque l'insaisissabilité porte sur un bien commun, le conjoint bénéficie de l'insaisissabilité. Cependant celle-ci n'est pas opposable à ses propres créanciers qui peuvent poursuivre l'exécution de leur créance sur l'immeuble qui, par ailleurs, fait l'objet de l'insaisissabilité. On a vu que la question des biens mixtes recevait une réponse différenciée.

B - Effets

S'agissant des effets du dispositif, il s'agit, dans les deux cas, de rendre insaisissables pour les créanciers professionnels les biens immobiliers concernés. L'insaisissabilité permet de mettre à l'abri les biens privés immobiliers à usage non professionnels qui restent hors du champ du droit de gage des créanciers professionnels. Il se dessine une réelle séparation entre patrimoine privé et patrimoine professionnel, puisque les biens privés peuvent échapper aux créanciers professionnels. Au-delà de la résidence principale, la déclaration notariée d'insaisissabilité permet de déterminer les biens qui relèvent de l'une et l'autre sphère en tenant compte de leur affectation. Cela étant, les périmètres peuvent évoluer. La déclaration ne rend pas indisponible le bien, le bien peut, par exemple, être cédé. De même, le dispositif n'est pas perpétuel. Il a vocation à cesser de produire ses effets dans un certain nombre d'hypothèses.

- **La cession du bien couvert par l'insaisissabilité.**

Lorsque la cession porte sur l'immeuble où est fixée la résidence principale l'insaisissabilité se reporte alors sur le prix puis sur le bien acquis par remploi. Ainsi en cas de cession des droits immobiliers sur la résidence principale, le prix obtenu demeure insaisissable, sous la condition du remploi dans le délai d'un an des sommes à l'acquisition d'un immeuble où est fixée sa résidence principale.

Ce texte suscite des interrogations en cas de différence de valeur entre le bien cédé et le bien acquis en remploi. En cas de reliquat, le bien acquis avec le reliquat devra faire l'objet d'une déclaration notariée pour être insaisissable, si le reliquat n'est pas utilisé pour l'acquisition de biens fonciers, il devient saisissable. Si la valeur du bien acquis est bien supérieure au prix du bien cédé, cela réduit d'autant le gage des créanciers professionnels. Une somme d'argent, des valeurs mobilières qui étaient jusque-là saisissables, peuvent devenir insaisissables si elles servent à financer l'acquisition de la résidence principale. Selon la doctrine, des fraudes aux droits des créanciers sont possibles.

Les autres biens peuvent être cédés, cela met fin à leur insaisissabilité. Les créanciers pourront faire valoir leurs droits sur le prix de cession.

- **La cessation de l'insaisissabilité.**

Le dispositif cesse de produire ses effets :

- **En cas de divorce ou de décès du conjoint.** On sait que des biens communs ou indivis peuvent être couverts par l'insaisissabilité. Dans une telle hypothèse, les effets de l'insaisissabilité et ceux de

la déclaration subsistent, après la dissolution du régime matrimonial lorsque la personne mentionnée l'entrepreneur est attributaire du bien. Elle cesse dans le cas contraire.

En savoir plus : Jurisprudence

La Cour de cassation a apporté, dans un arrêt en date du 18 mai 2022 (Cass. com., 18 mai 2022, n° [20-22.768](#)), des précisions quant à l'incidence de l'attribution au conjoint de l'entrepreneur de la jouissance de la résidence principale.

La Haute juridiction a cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui avait déclaré irrecevable la demande d'un liquidateur de faire procéder à la vente d'un immeuble dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire. Pour ce faire, les juges d'appel avaient retenu que la décision judiciaire attribuant la jouissance exclusive de la résidence de la famille au conjoint de l'entrepreneur était sans effet sur les droits de l'entrepreneur sur le bien et sur son insaisissabilité légale. À l'inverse, la Cour régulatrice estime qu'« *il résulte de la combinaison [des articles L. 526-1 du Code de commerce et 255, 3° et 4°, du Code civil] que, lorsque, au cours de la procédure de divorce de deux époux dont l'un exerce une activité indépendante, le juge aux affaires familiales a ordonné leur résidence séparée et attribué au conjoint de l'entrepreneur la jouissance du logement familial, la résidence principale de l'entrepreneur, à l'égard duquel a été ouverte postérieurement une procédure collective, n'est plus située dans l'immeuble appartenant aux deux époux dans lequel se trouvait le logement du ménage. Les droits qu'il détient sur ce bien ne sont donc plus de droit insaisissables par les créanciers dont les droits naissent à l'occasion de son activité professionnelle* ».

Ainsi, le liquidateur judiciaire peut appréhender l'immeuble qui était la résidence principale de l'entrepreneur, lorsque la jouissance de cet immeuble a été attribuée, antérieurement à l'ouverture de la procédure collective, au conjoint de l'entrepreneur dans le cadre des dispositions de l'article [255](#) du Code civil. En d'autres termes, le logement a perdu le bénéfice de l'insaisissabilité de plein droit en ce qu'il n'est plus la résidence principale de l'entrepreneur.

- **En cas de décès de l'entrepreneur.** Ils subsistent néanmoins jusqu'à la liquidation de la succession. Les héritiers ne bénéficient pas de l'insaisissabilité. Les dettes devront être payées et les biens pourront être vendus pour cela.

L'insaisissabilité peut enfin cesser, à tout moment, par l'effet d'une renonciation. La renonciation est possible tant pour l'insaisissabilité de plein droit sur la résidence principale que pour la déclaration notariée. On notera ici le retour du formalisme même pour la résidence principale puisqu'un acte authentique est dans tous les cas nécessaire.

La renonciation peut porter sur tout ou partie des biens ; elle peut être faite au bénéfice d'un ou de plusieurs créanciers désignés par l'acte authentique de renonciation. Lorsque le bénéficiaire de cette renonciation cède sa créance, le cessionnaire peut se prévaloir de celle-ci. La renonciation partielle permet une certaine souplesse dans la mise en œuvre du dispositif. La renonciation est attachée à la créance en ce sens que si le bénéficiaire de la renonciation cède sa créance, le cessionnaire peut se prévaloir de la renonciation. On peut penser que s'il a plusieurs créances contre le même débiteur, la renonciation portera à l'égard du créancier sur l'ensemble mais rien ne permet de l'affirmer avec certitude.

Pourquoi renoncer à l'insaisissabilité si ce n'est pour obtenir les faveurs de tout ou partie des créanciers et notamment obtenir de nouveaux moyens de financement. Quitte dans un second temps à révoquer la renonciation. En effet, une nouvelle possibilité est ajoutée au dispositif, c'est **celle de la révocation de la renonciation**. La renonciation peut, à tout moment, être révoquée dans les conditions de validité et d'opposabilité prévues à l'article [L. 526-2](#). Cette révocation n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers dont les droits naissent postérieurement à sa publication.

Il va être fort délicat de distinguer entre tous les créanciers d'un entrepreneur ceux à qui l'insaisissabilité est opposable et ceux à qui elle est inopposable, en d'autres termes de distinguer ceux qui peuvent saisir les biens supposés insaisissables de ceux qui ne le peuvent pas. La complexité du dispositif pourra aussi être exploitée par l'entrepreneur de mauvaise foi qui voudra in extremis faire échapper ses biens au gage commun de ses créanciers.

On comprend que le dispositif fasse l'objet d'une appréciation très critique de la part de la doctrine. D'autant que de nombreuses limites et imperfections demeurent malgré les réformes successives. On peut notamment lui reprocher de créer d'importantes **distorsions entre les créanciers**, génératrices de complexité. En effet, l'insaisissabilité ne concerne qu'une partie des créanciers : les créanciers professionnels de l'entrepreneur et parmi eux, ceux dont la créance est née à l'occasion de son activité professionnelle après la publication de la déclaration ou la publication de la loi Macron pour la résidence principale. Les biens peuvent être saisis par les créanciers privés et par tous ceux auxquels l'insaisissabilité est inopposable.

Si la déclaration est faite dès le début de l'activité, tous les créanciers professionnels pourront être concernés. En revanche, les choses sont beaucoup plus complexes pour les entrepreneurs en exercice qui veulent bénéficier de la protection de l'article [L. 526-1](#) al. 2. Des distinctions doivent donc être opérées entre les créanciers (professionnels non professionnels) ainsi qu'en fonction de la date de leur créance (avant ou après la publication de la déclaration).

Pour la résidence principale la date de référence est le 7 août 2015. La loi de 2015 contient des dispositions transitoires en ce sens, elle précise que « *le premier alinéa des articles L. 526-1 et [L. 526-3](#) du même code, dans leur rédaction résultant du présent article, n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers dont les droits naissent à l'occasion de l'activité professionnelle après la publication de la présente loi.* » Elle précise également que « *les déclarations et les renonciations portant sur l'insaisissabilité de la résidence principale publiées avant la publication de la présente loi continuent de produire leurs effets* ». Mais tout cela ne semble pas suffisant même si des mesures de publicités existent pour informer les tiers (Cf. art. [R. 526-1](#) et [R. 526-2](#) du C. Com.).

La jurisprudence, quant à elle, dans les hypothèses où elle a été saisie, s'est attachée, dans un premier temps, à donner plein effet au dispositif.

Exemple

En témoigne par exemple un arrêt 28 juin 2011, n° [10-15482](#), qui retient que l'immeuble appartenant à M. et Mme X... ayant fait l'objet d'une déclaration d'insaisissabilité publiée avant l'ouverture de la liquidation judiciaire de M. X (comp. Cass. com., 5 mai 2015, n° [14-11949](#)) ; elle semble plus sévère aujourd'hui. Notamment dans le cadre des procédures collectives.

Lorsque l'insaisissabilité n'est opposable qu'à une partie des créanciers, elle a d'abord jugé que le juge-commissaire ne pouvait autoriser, sous peine de commettre un excès de pouvoir, le liquidateur à procéder à la vente aux enchères publiques de cet immeuble dont l'insaisissabilité lui était opposable (Cass. civ. 2^{ème}, 28 juin 2012, n° [11-18078](#)). De même elle a jugé que le liquidateur, faute de pouvoir prétendre agir dans l'intérêt collectif des créanciers, n'était pas recevable à exercer l'action paulienne (Cass. com., 23 avril 2013, n° [12-16035](#)).

On s'est alors interrogé sur le point de savoir qui peut agir si les organes de la procédure ne le peuvent agir pas ?

Exemple

Un arrêt du 6 avril 2016 apporte une réponse. La Cour de cassation estime que l'immeuble est hors procédure. L'immeuble peut donc être saisi et vendu par le créancier avant la fin de la procédure collective (Cass. com., 5 avril 2016, n° [14-24640](#), D. 2016, p. 1296, note N. Borga « Vente de l'immeuble déclaré insaisissable : requiem pour la déclaration notariée d'insaisissabilité », *RTD com.* 2016, p. 548, A. Martin-Serf).

Plus récemment elle a admis que les organes de la procédure peuvent contester l'opposabilité de la déclaration d'insaisissabilité au motif qu'ils ont qualité pour agir pour la protection et la reconstitution du gage commun des créanciers (Cass. com., 15 nov. 2016, n° [14-26287](#)). Le liquidateur judiciaire peut ainsi obtenir la réintégration de l'actif immobilier objet de la déclaration d'insaisissabilité dans le gage commun des créanciers. Il a qualité et intérêt à agir pour intenter une action paulienne, si la déclaration d'insaisissabilité a été effectuée hors de la période suspecte voire plus de dix-huit mois antérieurement à l'ouverture de la procédure collective.

C'est également ce que lui permet l'article [L. 632-1](#) en faisant de la déclaration d'insaisissabilité, un nouveau cas de nullité de plein droit de la période suspecte, sauf pour la résidence principale en raison du caractère légal de l'insaisissabilité. Elle ne résulte pas d'un acte de volonté du débiteur.

Dans les autres cas, le liquidateur judiciaire pourra donc par ce biais obtenir la réintégration de l'actif immobilier objet de la déclaration d'insaisissabilité dans le gage commun des créanciers et ceci contrairement à la position adoptée par la chambre commerciale depuis le 28 juin 2011 (Cass. com., 28 juin 2011, n° [10-15.482](#), JurisData n° 2011-012491, *Bull. civ.*, 2011, IV, n° 109). Il aura aussi qualité et intérêt pour intenter une action paulienne sur le fondement de l'article [1167](#) du Code civil si la déclaration d'insaisissabilité a été effectuée hors de la période suspecte voire plus de dix-huit mois antérieurement à l'ouverture de la procédure collective. La déclaration d'insaisissabilité ne sera plus une protection sans faille ; un entrepreneur individuel, qui détournera la finalité de cette protection instaurée par le législateur en 2003 ne sera donc plus privilégié (rapp. P. Martin, « Déclaration d'insaisissabilité et liquidation judiciaire », *Procédures* 2010, étude 1, spéc. n° 15).

Il se dégage de la jurisprudence, dans le cadre des procédures collectives, une nette volonté de protéger les créanciers.

Exemple

En témoignage, de nouveau, les arrêts de la Cour de cassation du 13 septembre 2017 (Cass. com., 13 sept. 2017, n° [16-10-206](#)) et du 14 mars 2018 (Cass. com., 14 mars 2018, n° [16-27.302](#)).

Cela sonne-t-il le glas de l'insaisissabilité comme technique de protection des biens à usage non professionnel ? Il est trop tôt pour le dire.

Par ailleurs, s'est posée la question des effets de la déclaration notariée d'insaisissabilité à la suite de la cessation de l'activité professionnelle de l'entrepreneur. La Cour de cassation a apporté une réponse dans son arrêt du 17 novembre 2021 (Cass. com., 17 nov. 2021, n° [20-20.821](#)). Elle précise que les effets de la déclaration notariée d'insaisissabilité subsistent aussi longtemps que les droits des créanciers auxquels elle est opposable ne sont pas éteints, sauf renonciation du déclarant lui-même. Par conséquent, la cessation de l'activité professionnelle du déclarant ne met pas fin, par elle-même, aux effets de la déclaration. Cette solution est transposable à l'insaisissabilité de plein droit de la résidence principale.

Dans la lettre de la chambre commerciale, financière et économique publiée par la Cour de cassation (n° [6, novembre 2021 – janvier 2022](#)), il est précisé, sous le commentaire de l'arrêt du 17 novembre 2021, que : « *Il en irait différemment si l'entrepreneur avait expressément renoncé aux effets de l'insaisissabilité, ce qu'il peut décider à tout moment, avec cette précision toutefois que les effets de la renonciation ne se produiraient pas à l'égard des créanciers antérieurs à la publication de la renonciation* ».

§4. L'entrepreneur exerçant en nom propre

Afin d'assurer la protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel, le législateur a, par la **loi n° 2010-658 du 15 juin 2010** relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL), consacré l'existence du patrimoine d'affectation, portant ainsi atteinte au principe de l'unité du patrimoine. Il s'agit pour ce dernier d'affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale.

Malgré les modifications législatives visant à rendre l'EIRL plus visible et attractif, et face à son faible recours, le Gouvernement a décidé, dans le cadre de son plan en faveur des travailleurs indépendants, de refondre le statut d'entrepreneur individuel afin d'offrir aux entrepreneurs un cadre simple et protecteur, après avoir imposé en 2019 à « *Toute personne physique souhaitant exercer une activité professionnelle en nom propre [de] déclarer, lors de la création de l'entreprise, si elle souhaite exercer en tant qu'entrepreneur individuel ou sous le régime de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée* » (art. [L 526-5-1](#) du C. com. auj. abrogé). Le statut est d'application immédiate. À compter du 16 février 2022, nul ne peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel en application de l'article [L. 526-6](#) du Code de commerce.

Néanmoins pour assurer la transition, l'affectation à un patrimoine affecté déjà constitué ou le retrait d'éléments de celui-ci demeurent possibles, les EIRL en activité à cette date restant régis par la section 2 du chapitre VI du titre II du livre V du Code de commerce, dans sa rédaction résultant de la loi du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante. On assistera ainsi à une extinction progressive du statut de l'EIRL. Il convient donc de présenter le statut de l'EIRL avant d'aborder celui de l'entrepreneur individuel tel que résultant des nouvelles dispositions.

A - L'EIRL

1. La constitution de l'EIRL

Le patrimoine affecté est composé de l'ensemble des biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle. Il peut comprendre également les biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, utilisés pour l'exercice de son activité professionnelle et qu'il décide d'y affecter.

Il convient donc de distinguer les **biens nécessaires à l'exercice de l'activité** qui sont obligatoirement inclus, des **biens simplement utiles** qui peuvent ne pas être affectés.

Un décret du 29 décembre 2010 apporte quelques précisions pour permettre la mise en œuvre du dispositif. Notamment est créé un registre spécial des entrepreneurs individuels à responsabilité limitée calqué sur le RCS pour les entrepreneurs qui ne sont pas tenus de s'immatriculer à un registre de publicité légale.

Par touches successives, le système a été allégé tant en ce qui concerne la déclaration que l'évaluation des biens affectés.

De plus, en raison à la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass. com., 7 février 2018, n° [16-24.481](#)), la loi n° [2019-486](#) du 22 mai 2019 dite loi PACTE a, quant à elle, modifié les articles [L. 526-6](#), [L. 526-7](#), [L. 526-8](#) et [L. 526-9](#) du Code de commerce. Ainsi, le dépôt de la déclaration d'affectation a été remplacé par une simple déclaration auprès du registre compétent tel que le registre du commerce et des sociétés pour les commerçants, et il a été décidé : « *en l'absence de bien, droit, obligation ou sûreté affectés en application du deuxième alinéa de l'article L. 526-6, aucun état descriptif n'est établi* » (art. [L. 526-8](#), I, al. 2, C. com.).

En outre, la question de l'évaluation des biens affectés a fait l'objet de réformes aux fins de simplifier le statut. Ainsi, l'article [L. 526-10](#) du Code de commerce a été abrogé par la loi PACTE supprimant de ce fait l'obligation de faire évaluer les biens affectés au patrimoine professionnel d'une valeur supérieure à plus de 30 000 euros. L'article [L. 526-8](#), II, du Code de commerce précise désormais que :

« *La valeur inscrite est la valeur vénale ou, en l'absence de marché pour le bien considéré, la valeur d'utilité.*

Sans préjudice du respect des règles d'affectation prévues à la présente section, l'entrepreneur individuel qui exerçait son activité professionnelle antérieurement à la déclaration mentionnée à l'article [L. 526-7](#) peut présenter en qualité d'état descriptif le bilan de son dernier exercice, à condition que celui-ci soit clos depuis moins de quatre mois à la date de la déclaration. Dans ce cas, l'ensemble des éléments figurant dans le bilan compose l'état descriptif et les opérations intervenues depuis la date du dernier exercice clos sont comprises dans le premier exercice de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

Lorsque l'entrepreneur individuel n'a pas opté pour l'assimilation à une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée ou à une exploitation agricole à responsabilité limitée au sens de l'article 1655 sexies du code général des impôts, la valeur des éléments constitutifs du patrimoine affecté correspond à leur valeur nette comptable telle qu'elle figure dans les comptes du dernier exercice clos à la date de constitution du patrimoine affecté s'il est tenu à une comptabilité commerciale, ou à la valeur d'origine de ces éléments telle qu'elle figure au registre des immobilisations du dernier exercice clos, diminuée des amortissements déjà pratiqués, si l'entrepreneur n'est pas tenu à une telle comptabilité. »

L'hypothèse de l'affectation de biens communs ou indivis demeure toutefois source d'incertitudes. Elle est envisagée par l'article [L. 526-11](#) du Code de commerce aux termes duquel lorsque tout ou partie des biens affectés sont des biens communs ou indivis, l'entrepreneur individuel justifie de l'accord exprès de son conjoint ou de ses coindivisaires et de leur information préalable sur les droits des créanciers. Deux modèles-types d'accords ont été publiés par arrêté du 29 décembre 2010.

L'articulation entre l'EIRL et le régime de communauté de biens entre époux reste néanmoins source de complications (En ce sens P.-H. Simler, « EIRL et communauté de biens entre époux », *JCP (G)* 2011 4, p. 11). Un bien ne peut être affecté qu'à un seul patrimoine d'affectation. L'affectation ne change pas la nature du bien. Autrement dit, l'affectation à l'EIRL est neutre. Le bien affecté à l'activité d'un des conjoints reste soumis à son propre régime et notamment en matière de communauté, aux règles relatives à la gestion. Il

en va de même dans le cadre de l'indivision, les biens indivis demeurent soumis aux règles de celle-ci. Mais l'affectation réduit le crédit du conjoint à l'égard de ses propres créanciers dont le gage se trouve limité. Au-delà de l'apparente simplicité, la complexité est tout aussi grande lorsqu'on envisage les effets de l'affectation de biens à l'activité professionnelle.

2. Les effets

Le patrimoine affecté est le **gage général des créanciers dont les droits sont nés à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté**. Les autres créanciers ont pour seul gage général le patrimoine non affecté. Encore faut-il que la déclaration leur soit opposable. Elle l'est, aux termes de l'article [L. 526-12](#) du Code de commerce, **de plein droit** aux créanciers dont les droits sont nés postérieurement à la déclaration. Elle l'était aussi initialement, et cela était plus discutable, aux créanciers dont les droits sont nés antérieurement à son dépôt. La loi n° [2016-1691](#) du 9 décembre 2016 dite loi « Sapin II » a heureusement mis fin à cette situation.

Quant aux **autres créanciers**, ils **ont pour gage le patrimoine non affecté**, c'est-à-dire tous les actifs non affectés à l'activité professionnelle à l'exception, toutefois, de la résidence principale et éventuellement des autres biens fonciers objet d'une déclaration notariale d'insaisissabilité, les deux dispositifs pouvant se combiner. Si ce gage est insuffisant pour les désintéresser, les créanciers privés pourront exercer leurs droits sur le bénéfice réalisé lors du dernier exercice clos. Ce qui peut être bien maigre !

Ce schéma peut être perturbé par l'ouverture d'une procédure collective. Aussi, l'ordonnance n° [2010-1512](#) du 9 décembre 2010 est-elle venue adapter le droit des procédures collectives et des procédures de surendettement à EIRL. Cette ordonnance a créé un nouveau titre au Livre Six du Code de commerce et a modifié quelques autres dispositions existantes. Faute d'adaptation, la protection instaurée eut été totalement illusoire. Sauf exceptions, la procédure qui vise un patrimoine affecté ne doit pas atteindre les autres patrimoines de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée et, réciproquement, celle applicable au titre d'une activité exercée sans affectation de patrimoine ne doit pas avoir d'incidence sur le ou les patrimoines affectés.

La loi PACTE a apporté d'autres précisions. Elle a notamment supprimé d'une part, la possibilité de prononcer la réunion des patrimoines du débiteur lorsque celui-ci a commis un manquement grave aux règles de l'affectation (l'art. [L. 621-2](#), al. 3, C. com.) et d'autre part, la possibilité de prononcer la faillite personnelle s'il dispose des biens du patrimoine affecté comme s'ils étaient compris dans un autre de ses patrimoines (abrogation de 1° du II de l'article [L. 653-3](#) du Code de commerce).

Enfin, le patrimoine affecté peut être cédé, transmis ou apporter en société (art. [L. 526-17](#), C. com.). La cession à une personne physique entraîne reprise avec maintien de l'affectation. On suppose qu'il y a reprise de l'activité. Le maintien de l'affection est écarté lorsque le cessionnaire est une personne morale ou en cas d'apport du patrimoine à une société. Le cessionnaire, le donataire ou la société bénéficiaire de l'apport est débiteur des créanciers de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée au lieu et place de celui-ci.

Une dernière série de questions envisagée par le législateur concerne la cessation de l'affection. Elle peut résulter d'une renonciation ou du décès de l'entrepreneur individuel. En cas de cessation d'activité, les créanciers gardent le gage qui était le leur au moment de la renonciation concomitante à la cessation d'activité. En cas de décès, la règle est la même à moins qu'un héritier décide de poursuivre l'activité. Il conserve alors l'affectation tout au moins pour la partie des biens affectés qui leur sera attribuée.

Remarque

Signalons, toutefois, que la loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante a prévu l'abrogation, à compter du 15 août 2022, de l'article [L. 526-16](#) du Code de commerce qui prévoit le maintien du patrimoine affecté à l'activité professionnelle en cas de reprise de celle-ci par un héritier ou un ayant droit de l'entrepreneur décédé.

Pour le reste, le **régime de EIRL est amplement calqué sur celui de l'EURL**, qu'il s'agisse de fiscalité ou d'obligations comptables et de publicité. Comme en matière de société, pour l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté, l'entrepreneur individuel utilise une dénomination

incorporant son nom, précédé ou suivi immédiatement des mots : « Entrepreneur individuel à responsabilité limitée » ou des initiales : « EIRL ». Surtout, l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté fait l'objet d'une comptabilité autonome, établie dans les conditions définies aux articles [L. 123-12 à L. 123-23](#) et [L. 123-25 à L. 123-28-2](#) du Code de commerce, à moins que l'entrepreneur ne bénéficie du régime simplifié des articles [50-0](#), [64](#) et [102 ter](#) du CGI. Les comptes annuels de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée ou, le cas échéant, le ou les documents résultant des obligations comptables simplifiées sont déposés chaque année au registre auquel a été effectué la déclaration pour y être annexés. À compter de leur dépôt, ils valent actualisation de la composition et de la valeur du patrimoine affecté. En cas de non-respect de cette obligation, le président du tribunal, statuant en référé, peut, à la demande de tout intéressé ou du ministère public, enjoindre sous astreinte à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée de procéder au dépôt de ses comptes annuels ou, le cas échéant, du ou des documents résultant des obligations comptables simplifiées prévues au deuxième alinéa de l'article [L. 526-13](#) du Code de commerce.

L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée est tenu de faire ouvrir dans un établissement de crédit un ou plusieurs comptes bancaires exclusivement dédiés à l'activité à laquelle le patrimoine a été affecté. Ce ou ces comptes sont entièrement saisissables à la différence du compte personnel (Ord. n° 2010-1512 du 9 décembre 2010, art. 11).

Le patrimoine affecté doit faire l'objet de réévaluations régulières. Ce qui tend à démontrer que ses éléments peuvent fluctuer. L'entrepreneur individuel doit, en effet, déposer ses comptes annuels chaque année au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration d'affectation. Ce dépôt vaut réévaluation.

De plus, la loi PACTE a apporté une clarification quant à la disponibilité individuelle des biens effectués. L'article [L. 526-8-1](#) du Code de commerce envisage la possibilité de retirer un bien non nécessaire du patrimoine affecté. L'actualisation du patrimoine affecté s'effectue par une simple mention en comptabilité. En outre, les créances et indemnités remplaçant des biens affectés ainsi que les biens acquis en remploi des biens affectés relèvent de plein droit du patrimoine affecté. L'article [L. 526-8-1](#) dudit code dispose que :

« Postérieurement à la constitution du patrimoine affecté, l'inscription ou le retrait en comptabilité d'un bien, droit, obligation ou sûreté emporte affectation à l'activité professionnelle ou retrait du patrimoine affecté.

Sont de plein droit affectés, par l'effet d'une subrogation réelle, les créances et indemnités qui remplacent des biens affectés ainsi que les biens acquis en emploi ou remploi des biens affectés.

La comptabilité régulièrement tenue fait preuve à l'égard des tiers sous réserve des formalités prévues aux articles [L. 526-9](#) et [L. 526-11](#) et du respect des règles prévues au deuxième alinéa de l'article [L. 526-6](#). »

Signalons pour terminer que le dispositif ne produira pas ses effets en cas de fraude ou de manquement grave aux obligations comptables (art. [L. 526-12](#) C. com.).

Remarque

Bien que le statut de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée présente des avantages, ce dernier n'a pas eu le succès escompté. Sur les 100 000 EIRL attendus pour fin 2012, on dénombre en fin juin 2021 environ 97 174 EIRL. Aussi, le législateur a, d'une part, décidé de refondre le statut de l'entrepreneur individuel et d'autre part, a prévu une extinction progressive du statut de l'EIRL. Le décret n° 2022-709 du 26 avril 2022 a modifié les dispositions du régime de l'EIRL au regard de cette mise en extinction par l'effet de l'article 6 de la loi n° 2022-172 du 14 février 2022. En effet, depuis le 16 février 2022, il n'est plus possible de créer de nouveaux EIRL. Cependant, les EIRL en activité conservent leur statut et demeurent soumises aux dispositions de la section 2 du chapitre VI du titre II du livre V du Code de commerce.

B - L'entrepreneur individuel (EI)

Poursuivant l'objectif d'assurer une protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel, la loi n° [2022-172](#) du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante a mis en place un statut unique, le statut de l'entrepreneur individuel. Ce statut octroie une protection équivalente à celle conférée par l'EIRL, sans la complexité inhérente de ce régime. La loi du 14 février 2022 a ainsi inséré dans le chapitre VI du titre II du livre V du Code de commerce deux nouvelles sections, les sections 3 et 4, respectivement intitulées « Du statut de l'entrepreneur individuel » et « Du transfert du patrimoine professionnel de l'entrepreneur

individuel ». Cette loi a été complétée par deux décrets n° 2022-725 du 28 avril 2022 et n° 2022-799 du 12 mai 2022 et un arrêté du 12 mai 2022.

Ces dispositions sont entrées en vigueur depuis le 15 mai 2022. À partir de cette date, le nouveau statut de l'entrepreneur individuel sera encadré par les articles [L. 526-22](#) et suivants du Code de commerce.

Remarque

Le législateur français s'est inspiré pour refondre le statut de l'entrepreneur individuel de ses voisins européens, à savoir des modèles allemand (l'Einzelnunternehmen) et anglais (sole trader ou self-employed) (Voir Étude d'impact du projet de loi en faveur de l'activité professionnelle indépendante, 29 septembre 2021).

1. Présentation du statut

L'entrepreneur individuel est défini comme « une personne physique qui exerce en son nom propre une ou plusieurs activités professionnelles indépendantes » (art. [L. 526-22](#) du C. com.). Pour l'exercice de son activité professionnelle, l'entrepreneur individuel utilise une dénomination incorporant son nom ou nom d'usage précédé ou suivi immédiatement des mots : « entrepreneur individuel » ou des initiales : « EI » (art. [R. 526-27](#) du C. com.).

Cet entrepreneur individuel dispose deux patrimoines, à savoir :

- un **patrimoine dit professionnel** constitué de biens, droits, obligations et sûretés dont il est titulaire et qui sont utiles à son activité ou à ses activités professionnelles indépendantes ;
- et un **patrimoine personnel** regroupant tous les éléments patrimoniaux de l'entrepreneur non compris dans le patrimoine professionnel.

À l'instar de l'EIRL, il y a scission du patrimoine de l'entrepreneur individuel entre patrimoine professionnel et patrimoine personnel et cela, sans création d'une personne morale distincte. Toutefois, à la différence de l'EIRL avec la possibilité offerte d'avoir autant de patrimoines affectés que d'activités professionnelles, il n'est prévu qu'un seul patrimoine professionnel qui, comme l'indique l'alinéa 2 de l'article [L. 526-22](#) du Code de commerce ne peut être scindé.

Remarque

Le législateur a prévu par exception la possibilité d'un second patrimoine professionnel à l'article [L. 681-2, VII](#) du Code de commerce. Cela vise l'hypothèse de l'entrepreneur se trouvant en procédure liquidation judiciaire. Ce dernier pourra, et cela sous certaines conditions, exercer une nouvelle activité professionnelle et un nouveau patrimoine professionnel sera alors constitué. Ce patrimoine ainsi constitué ne sera pas concerné par la procédure de liquidation judiciaire ouverte. Il s'agit de reconnaître à l'entrepreneur individuel un « droit au rebond ».

Au regard de l'article [L. 526-22](#) du Code de commerce, le législateur a retenu l'utilité comme critère de répartition des éléments entre les deux patrimoines de l'entrepreneur individuel. Il s'agit d'un critère dynamique, mais empreint de subjectivité ce qui pourrait conduire dans certaines hypothèses à des difficultés pour déterminer si l'élément en cause est ou non inclus dans le patrimoine professionnel. Des précisions ont toutefois été apportées par le décret n° 2022-725 du 28 avril 2022 relatif à la définition du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel et aux mentions sur les documents et correspondances à usage professionnel.

L'article [R. 526-26](#) du Code de commerce précise que « *les biens, droits, obligations et sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, utiles à l'activité professionnelle, s'entendent de ceux qui, par nature, par destination ou en fonction de leur objet, servent à cette activité* ».

Cette disposition poursuit en énumérant des éléments relevant du patrimoine professionnel ; il s'agit des fonds de commerce, fonds artisanal, le fonds agricole, de tous les biens corporels ou incorporels qui les constituent, des biens meubles comme la marchandise, le matériel et l'outillage ; des biens immeubles servant à l'activité, y compris la partie de la résidence principale de l'entrepreneur individuel utilisée pour un usage professionnel ; des biens incorporels comme les données relatives aux clients, les droits de propriété intellectuelle, le nom commercial et l'enseigne. Cette énumération d'éléments n'est pas limitative et pose une présomption d'appartenance au gage des créanciers professionnels.

En cas de contestation quant aux éléments compris dans l'un des patrimoines, il revient à l'entrepreneur individuel de prouver que ces éléments sont ou non inclus dans son patrimoine personnel ou professionnel (art. L. 526-22, al. 7, C. com.). Il s'agit donc d'un régime probatoire favorable aux créanciers puisque la charge de la preuve pèse sur l'entrepreneur individuel. La comptabilité tenue par ce dernier pourra notamment être utilisée pour déterminer si l'élément en cause est ou non inclus dans son patrimoine professionnel. En effet, l'article R. 526-26, II, du Code de commerce dispose que :

« Lorsque l'entrepreneur individuel est tenu à des obligations comptables légales ou réglementaires, son patrimoine professionnel est présumé comprendre au moins l'ensemble des éléments enregistrés au titre des documents comptables, sous réserve qu'ils soient réguliers et sincères et donnent une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise. Sous la même réserve, les documents comptables sont présumés identifier la rémunération tirée de l'activité professionnelle indépendante, qui est comprise dans le patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel ».

Remarque

Notons que l'entrepreneur individuel ne peut pas se porter caution en garantie d'une dette dont il est débiteur principal pour l'un de ses patrimoines. Cela permet d'assurer une étanchéité des patrimoines professionnel et personnel.

Contrairement à l'EIRL, il n'existe pas, pour le statut de l'entrepreneur individuel, de règle équivalente à celle prévue à l'article [L. 526-11](#) du Code de commerce pour les biens communs ou indivis qui seraient inclus dans le patrimoine professionnel. Une seule disposition a toutefois été prévue en matière de biens communs, à savoir l'article L. 526-26 du Code de commerce indiquant succinctement que « *La présente section s'entend sans préjudice des pouvoirs reconnus aux époux pour administrer leurs biens communs et en disposer* ». Aussi, peut-on déduire de cette unique disposition que, sauf convention matrimoniale, les biens communs seront soumis aux règles de pouvoirs et de gestion prévues par le droit des régimes matrimoniaux (notamment les art. 1421 et s. C. civ.). Par ailleurs, contrairement aux biens communs, le législateur est resté muet quant à la situation des biens indivis.

Remarque

Un contentieux pourrait naître concernant les biens communs et indivis notamment sur l'accord ou à tout le moins, l'information du conjoint ou coïndivisaire de l'entrepreneur. Ainsi, par exemple, *quid* du bien commun ou indivis dont les époux ayant tous les deux le statut d'entrepreneur individuel se partagent l'utilité professionnelle. Ce bien peut-il intégrer le patrimoine professionnel de chacun des époux ? Une telle question ne se posait pas en matière d'EIRL puisque, comme nous l'avons vu, le législateur avait prévu expressément qu'un même bien commun ou indivis ne pouvait entrer dans la composition que d'un seul patrimoine affecté (art. [L. 526-11 C. com.](#)).

De même, se posera indubitablement la question du sort des biens de nature mixte, c'est-à-dire des biens inclus pour partie dans le patrimoine personnel et pour partie dans le patrimoine professionnel ainsi que du sort du numéraire faute d'obligation faite à l'entrepreneur individuel d'ouvrir un compte bancaire distinct pour les besoins de son activité professionnelle. Un décret en Conseil d'État pourrait apporter des réponses à ces multiples interrogations. La différence majeure avec le statut de l'EIRL est que la protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel n'est pas soumise à aucun formalisme. Il s'agit de l'argument mis en avant dans l'étude d'impact du projet de loi qui indiquait que « *les entrepreneurs individuels verront la protection de leur patrimoine renforcée sans besoin d'un acte positif de leur part* ». En d'autres termes, la constitution du patrimoine professionnel ne nécessite pas de déclaration comme celle prévue pour la constitution du patrimoine affecté (art. [L. 526-7](#) du C. com.).

Remarque

Dans l'avis du Conseil d'État portant sur le projet de loi en faveur de l'activité professionnelle indépendante (n° 403701), le Conseil exprimait des doutes « d'une part, quant à l'effectivité de la protection offerte à l'entrepreneur individuel en tant que débiteur, et d'autre part, quant à la réalité de la simplification de la situation juridique de celui-ci, compte tenu des dérogations prévues par le projet de loi ». En effet, le Conseil d'État avait fait remarquer « qu'il résulte du déficit d'information sur la consistance du droit de gage général des créanciers [professionnels], une forme d'insécurité préjudiciable au développement du nouveau statut envisagé. De sorte que l'allègement radical des formalités imposées à l'entrepreneur individuel au stade du démarrage de son activité pourrait se trouver ultérieurement contrarié par un surcroît de formalités liées aux garanties que les créanciers souhaiteront obtenir, ou bien aux contentieux qui se noueront le cas échéant pour clarifier le bien-fondé de la répartition opérée entre les patrimoines professionnel et personnel de l'entrepreneur individuel ».

La protection prend naissance soit à compter de l'immatriculation au registre dont relève l'entrepreneur individuel pour son activité (art. L. 526-23, al. 1, C. com.), soit à compter de la date déclarée du début d'activité lorsque celle-ci est antérieure à la date d'immatriculation (art. L. 526-23, al. 2, C. com.), soit, enfin, à défaut d'obligation d'immatriculation, à compter du premier acte d'exercice en qualité d'entrepreneur individuel (art. L. 526-23, al. 3, C. com.).

Remarque

Remarquons que dans son avis sur le projet de loi en faveur de l'activité professionnelle indépendante (n° 403701), le Conseil d'État indiquait que le « projet de loi réserve expressément l'application du nouveau régime aux seules créances, de toute nature, nées postérieurement à son entrée en vigueur, ce qui est un gage de sécurité juridique et fait écho à la réserve d'interprétation que le Conseil constitutionnel avait formulée dans sa décision n° 2010-607 DC du 10 juin 2010 rendue sur la loi relative à l'EIRL ». L'article 19 de la loi n° 2022-172 du 14 février 2022 précise que les articles L. 526-22 à L. 526-31 du Code de commerce s'appliquent aux créances nées après l'entrée en vigueur des articles 1^{er} à 5 de la présente loi, soit après le 15 mai 2022. Ainsi, pour les créances nées avant le 15 mai 2022, les créanciers bénéficient, en principe, d'un droit de gage sur l'ensemble du patrimoine de l'entrepreneur et ne peuvent se voir opposer la distinction entre le patrimoine personnel et le patrimoine professionnel (v. CA Bordeaux, 26 juin 2023, RG n° 22/05438 ; CA Agen, 21 août 2023, RG n° 23/00272 ; CA Versailles, ch. 13, 19 septembre 2023, RG n° 23/01365).

L'on retrouve ainsi la distinction connue en matière d'EIRL entre créanciers personnels et créanciers professionnels. En effet, les créanciers dont les droits sont nés à l'occasion de l'exercice professionnel de l'entrepreneur individuel ne peuvent agir que sur le patrimoine professionnel, sauf sûretés conventionnelles ou renonciation (art. L. 526-22, al. 4, C. com.).

Pour les créanciers non professionnels, c'est-à-dire ceux dont la créance n'est pas née à l'occasion de l'exercice professionnel de l'entrepreneur individuel, ils ont pour gage le patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel. Cependant, il est prévu, à l'instar de l'EIRL, que si ce patrimoine personnel est insuffisant, le droit de gage général des créanciers personnels peut s'exercer sur le patrimoine professionnel, dans la limite toutefois du montant du bénéfice réalisé lors du dernier exercice clos (art. L. 526-22, al. 6, C. com.).

Les créanciers professionnels pourront connaître leur droit de gage en consultant les comptes annuels de l'entrepreneur, ou pour les entrepreneurs sous le régime des micro-entrepreneurs, dispensés d'établir des comptes annuels, des documents comptables simplifiés. Il est enfin indiqué que les sûretés réelles consenties par l'entrepreneur individuel avant le commencement de son activité ou de ses activités professionnelles indépendantes conservent leur effet, que ces sûretés intègrent le patrimoine personnel ou professionnel.

Remarque

Remarquons qu'il existe des créanciers « privilégiés » (selon l'expression du Conseil d'État utilisée dans son avis n° 403701) qui sont l'administration fiscale et les organismes de sécurité sociale. Selon l'article L. 526-24 du Code de commerce, leur droit de gage porte sur l'ensemble des patrimoines, personnel et professionnel de l'entrepreneur individuel en cas de manœuvres frauduleuses ou d'inobservation grave et répétée de ses obligations fiscales ou d'inobservation grave et répétée dans le recouvrement des cotisations et contributions sociales. Le droit de gage de l'administration fiscale porte également sur l'ensemble des patrimoines professionnel et personnel de l'entrepreneur individuel pour les impositions mentionnées au III de l'article L. 273 B du livre des procédures fiscales. Le droit de gage de l'agence centrale des organismes de sécurité sociale et des caisses générales de sécurité sociale porte également sur l'ensemble des patrimoines professionnel et personnel pour les impositions et contributions mentionnées au deuxième alinéa de l'article L. 133-4-7 du Code de la sécurité sociale.

À l'exemple de l'EIRL, il est **possible pour l'entrepreneur individuel, en vertu de l'article L. 526-25 du Code de commerce, de renoncer au principe de séparation des patrimoines personnel et professionnel**, sur demande écrite d'un créancier, pour un engagement spécifique dont il doit rappeler le terme et le montant, qui doit être déterminé ou déterminable. À peine de nullité, cette renonciation doit contenir les informations prévues à l'article D. 526-28 du Code de commerce créé par le décret n° 2022-799 du 12 mai 2022, à savoir des informations concernant l'entrepreneur individuel, le bénéficiaire de la renonciation et des informations relatives à l'engagement souscrit. Par ailleurs, un modèle type d'acte de renonciation a été établi par un arrêté du 12 mai 2022 (art. D. 526-29 du C. com.). Ce modèle type est inséré dans une annexe 5-3 à l'article A. 526-6 du Code de commerce.

Le bénéficiaire de cette renonciation est tenu d'informer l'entrepreneur individuel des conséquences de cette renonciation sur ses patrimoines (art. D. 526-28, III, du C. com.).

Outre le formalisme, cette renonciation ne peut intervenir avant l'échéance d'un délai de réflexion de sept jours francs à compter de la réception de la demande de renonciation. Cependant, si l'entrepreneur individuel fait précéder sa signature de la mention manuscrite énoncée à l'article D. 526-28, IV du Code de commerce issu du décret précité du 12 mai 2022, le délai de réflexion est réduit à trois jours francs.

Selon l'exposé des motifs de la loi du 14 février 2022, il s'agit d'éviter le risque d'assèchement des crédits par l'extension de cette protection résultant du statut de l'entrepreneur individuel. L'étude d'impact du projet de loi en faveur de l'activité professionnelle indépendante précise qu'« *Il restera cependant possible à l'entrepreneur individuel, dans un tel cas, de demander à un créancier dont les droits sont nés à l'occasion de l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel que l'exécution soit en priorité poursuivie sur le patrimoine professionnel de celui-ci* ».

L'alinéa 2 de l'article L. 161-1 du Code des procédures civiles d'exécution tel que résultant de la loi du 14 février 2022 disposera à compter du 15 mai 2022 que :« *L'entrepreneur individuel qui a renoncé au bénéfice [de la séparation des patrimoines personnel et professionnel] peut, s'il établit que la valeur des biens qui constituent son patrimoine professionnel est suffisante pour garantir le paiement de la créance, demander au créancier que l'exécution soit en priorité poursuivie sur ces biens.* »

Remarque

Notons toutefois qu'il n'est pas prévu, en cas de renonciation au principe de séparation des patrimoines personnel et professionnel, un devoir d'information du conjoint alors qu'une telle décision a indubitablement des conséquences sur le patrimoine familial.

Concernant les **traitements des difficultés de l'entrepreneur individuel**, il existe deux grands types de procédures, à savoir celles relevant du livre VI du Code de commerce et la procédure de surendettement des particuliers relevant du livre VII du Code de la consommation. L'article 5 de la loi du 14 février 2022 a modifié les dispositions de ces deux Codes pour prendre en considération le statut de l'entrepreneur individuel. Ainsi, un titre VIII bis intitulé « Dispositions particulières à l'entrepreneur individuel relevant du statut défini à la section 3 du chapitre VI du titre II du livre V » a été introduit dans le Code de commerce. Le nouvel article L. 681-1 dudit code prévoit que :« *Toute demande d'ouverture d'une procédure prévue aux titres II à IV du présent livre ou d'une procédure de surendettement prévue au livre VII du code de la consommation à l'égard d'un entrepreneur individuel relevant du statut défini à la section 3 du chapitre VI du titre II du livre V du présent code est portée devant le tribunal compétent pour connaître des procédures prévues aux titres II à IV du présent livre* », à savoir le tribunal de commerce si le débiteur est commerçant ou artisan.

Par ailleurs, il est précisé à l'article L. 681-2, III, du Code de commerce que :« *Le tribunal traite, dans un même jugement, des dettes dont l'entrepreneur individuel est redevable sur ses patrimoines professionnel et personnel, en fonction du droit de gage de chaque créancier* ». Toutefois, « *lorsque la distinction des patrimoines professionnel et personnel a été strictement respectée et que le droit de gage des créanciers dont les droits sont nés à l'occasion de l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel ne porte pas sur le patrimoine personnel de ce dernier, le tribunal qui ouvre la procédure saisit, avec l'accord du débiteur, la commission de surendettement aux fins de traitement des dettes dont l'entrepreneur individuel est redevable sur son patrimoine personnel.* »

En outre, comme nous l'avons déjà évoqué, l'article L. 681-2, VII, du Code de commerce précise que lorsqu'une procédure de liquidation judiciaire est ouverte, l'entrepreneur individuel peut exercer une nouvelle activité professionnelle. Dans ce cas, un nouveau patrimoine professionnel est constitué sans toutefois être concerné par la procédure ouverte. Cependant, le législateur a précisé que l'entrepreneur individuel ne peut constituer plus de deux patrimoines distincts de son patrimoine personnel.

Quant à la **cessation d'activité de l'entrepreneur individuel**, celle-ci entraîne la réunion des patrimoines professionnel et personnel (art. L. 526-22, al. 8, C. com.), contrairement à ce qui était envisagé pour l'EIRL. Il en est de même en cas de décès de l'entrepreneur individuel (sous réserve des articles [L. 631-3](#) et [L. 640-3](#) du Code de commerce) et cela, sans qu'il y ait une possibilité d'une reprise au profit d'un ayant droit, à la différence de l'EIRL (art. [L. 526-15 C. com.](#)). Aussi, la solution adoptée par la loi du 14 février 2022 est-elle *a priori* moins favorable que celle retenue en matière d'EIRL puisque le législateur n'a pas prévu une liquidation obligatoire à la suite de la cessation d'activité de l'entrepreneur individuel ou de son décès.

Remarque

Concernant la fiscalité de l'entrepreneur individuel, ce dernier est soumis de plein droit à l'impôt sur le revenu. Toutefois, sur ce point, la loi n° 2021-1900 du 30 décembre 2021 de finances pour 2022 ([art. 13](#)), qui avait anticipé l'adoption de la loi du 14 février 2022, a permis à l'entrepreneur individuel d'opter pour l'impôt sur les sociétés par assimilation à une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée ou à une exploitation agricole à responsabilité limitée dont cet entrepreneur tient lieu d'associé unique.

Outre son objectif de protection du patrimoine personnel des entrepreneurs individuels, la loi du 14 février 2022 a entendu « *créer un continuum permettant d'assurer la fluidité du passage d'une activité amorcée en entreprise individuelle vers l'exploitation en société pour en poursuivre le développement et la croissance* » (Étude d'impact du projet de loi en faveur de l'activité professionnelle indépendante). Pour ce faire, un mécanisme de transfert du patrimoine professionnel a été mis en place au sein d'une section 4 du chapitre VI du titre II du livre V du Code de commerce.

2. Le transfert du patrimoine professionnel

Il est prévu la **possibilité de transférer l'intégralité du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel, par cession à titre onéreux, par donation entre vifs ou par apport en société**, dans des conditions qui s'apparentent à celles d'une transmission universelle de patrimoine sans liquidation. Les dispositions légales relatives à la vente, à la donation ou à l'apport en société de biens de toute nature sont applicables aux opérations portant sur ce patrimoine professionnel sous réserve toutefois d'aménagements prévus par les articles L. 526-27 et suivants du Code de commerce (voir Roussel F., « Transmettre une entreprise individuelle : place au transfert universel de patrimoine », *Défrénois*, 17 février 2022, n° 7, p. 21). Les règles des articles [815-14](#) (sur la cession de bien indivis), [1699](#) du Code civil ainsi que les articles [L. 141-12](#) à [L. 141-22](#) du Code de commerce (concernant le privilège du vendeur de fonds de commerce) ne sont pas applicables au transfert du patrimoine professionnel.

De plus, à peine de nullité, **ce transfert doit porter sur l'intégralité du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel** (art. [L. 526-30](#) du C. com.), condamnant par là-même la possibilité de scinder ce patrimoine. La même sanction, à savoir la nullité, est encourue si l'auteur du transfert ou le bénéficiaire sont frappés de faillite personnelle ou d'une peine d'interdiction prévue à l'article [L. 653-8](#) du Code de commerce ou à l'article [131-27](#) du Code pénal.

Une contrainte est prévue dans l'hypothèse d'un apport à une société nouvellement créée. En effet, l'actif disponible du patrimoine professionnel doit permettre de faire face au passif exigible sur ce même patrimoine. Si tel n'est pas le cas, le transfert pourra être annulé. Notons que lorsque le patrimoine professionnel apporté en société contient des biens constitutifs d'un apport en nature, il est fait recours à un commissaire aux apports.

Dans l'hypothèse où le cédant s'était obligé contractuellement à ne pas céder un élément de son patrimoine professionnel ou à ne pas transférer celui-ci à titre universel, l'inexécution de cette obligation engage sa responsabilité sur l'ensemble de ses biens, sans toutefois emporter la nullité du transfert.

Remarque

Remarquons que les dettes de cotisations et contributions sociales mentionnées au cinquième alinéa de l'article [L. 526-22](#) ne peuvent faire l'objet du transfert du patrimoine professionnel (art. [D. 526-32](#) du C. com. issu du décret n° 2022-799 du 12 mai 2022).

Ce **transfert n'est opposable aux tiers qu'à compter de sa publicité**. Le **cédant, le donateur ou l'apporteur doit publier, à sa diligence, le transfert du patrimoine professionnel, sous forme d'avis au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (BODACC), au plus tard un mois après sa réalisation**. Cet avis doit d'une part, contenir des indications concernant les parties prévues à l'article [D. 526-30](#), I du Code de commerce et d'autre part, être accompagné d'un état descriptif des biens, droits, obligations ou sûretés composant le patrimoine professionnel, tel qu'il résulte du dernier exercice comptable clos actualisé à la date du transfert, ou, pour les entrepreneurs individuels qui ne sont pas soumis à des obligations comptables, à la date qui résulte de l'accord des parties. Cet état descriptif est encadré par l'article [A. 526-7](#) du Code de commerce issu de l'arrêté du 12 mai 2022.

Une **procédure d'opposition** est mise en place par l'article [L. 526-28](#) du Code de commerce. Ainsi, les créanciers de l'entrepreneur individuel dont la créance est née avant la publicité du transfert peuvent former opposition au transfert du patrimoine professionnel, en saisissant le tribunal compétent selon les règles de droit commun dans un délai fixé par le décret du 12 mai 2022, à savoir dans le mois suivant la publication de l'avis au BODACC (art. [D. 526-31](#) du C. com.). Cependant, cette opposition n'a pas pour effet d'interdire le transfert du patrimoine professionnel. Le juge saisi de cette opposition peut soit rejeter celle-ci, soit ordonner le remboursement des créances ou la constitution de garanties, si le cessionnaire, le donataire ou le bénéficiaire en offre et si elles sont jugées suffisantes. Dans l'hypothèse où le juge ordonne le remboursement de créance, l'entrepreneur individuel auteur du transfert est tenu de remplir son engagement dans les conditions prévues à l'article [2284](#) du Code civil à l'exclusion de sa résidence principale et de ses biens immobiliers faisant l'objet d'une déclaration notariée d'insaisissabilité.

Reste à savoir si l'objectif poursuivi par le législateur en réformant le statut de l'entrepreneur individuel sera atteint. Il est trop tôt pour l'affirmer, d'autant qu'il convient d'attendre l'adoption du décret venant préciser les dispositions issues de la loi du 14 février 2022. Les établissements de crédit se satisfont-ils du gage limité qui leur est offert ou soumettront-ils l'octroi de crédits à la renonciation de la protection conférée par la loi ? Nous le saurons peut-être dès 2024. En effet, l'article 20 de la loi n° 2022-172 du 14 février 2022 impose au Gouvernement de remettre au Parlement, avant le 1^{er} mars 2024, un rapport relatif à l'application du statut de l'entrepreneur individuel. Ce rapport fera notamment état des conditions d'accès au crédit ainsi qu'une évaluation quantitative des renonciations accordées par les entrepreneurs individuels au principe de séparation des patrimoines personnel et professionnel, et l'existence de potentiels abus du recours à cette garantie de la part des établissements bancaires.

En savoir plus : Pour une présentation du droit des procédures collectives

Voir le cours UNJF de [Droit des entreprises en difficulté](#) de C. Saint-Alary Houin.

En savoir plus : Pour une présentation du nouveau dispositif

Voir parmi l'abondante bibliographie :

- Guiguet-Schielé (Q.), « L'articulation de nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur avec son régime matrimonial », *Gaz. Pal.*, 12 avril 2022, n° 12, p. 43-47 ;
- Mortier (R.), « Le nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuelle », *Droit des sociétés*, 1^{er} mai 2022, n° 5, p. 6-16 ;
- Némot-Rajot (Q.), « Une protection patrimoniale renforcée et simplifiée », *RLDC*, 1^{er} avril 2022, n° 202, p. 31-34 ;
- Pérochon (F.), « Professionnels indépendants en difficulté : premiers regards sur la loi du 14 février 2022 », *Bull. Joly*, 1^{er} avril 2022, n° 2, p. 4-10 ;
- Tisseyre (S.), « La constitution et la composition du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel », *RLDC*, 1^{er} avril 2022, n° 202, p. 34-37.

§5. La fiducie

La loi du 17 février 2007 a défini la fiducie 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 (art. 2011 du C. civ.). Par là-même, elle consacre la naissance d'un patrimoine d'affectation, le patrimoine fiduciaire, indépendant des patrimoines des parties. Son article 12 précise en effet, que les éléments d'actif et de passif transférés dans le cadre de l'opération mentionnée à l'article 2011 forment un patrimoine d'affectation. Les opérations affectant ce dernier font l'objet d'une comptabilité autonome chez le fiduciaire.

Le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine, il est à l'abri des créanciers sous réserve des droits des créanciers du constituant titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie et hors les cas de fraude aux droits des créanciers du constituant.

La loi du 4 août 2008 permet la généralisation du mécanisme en ouvrant la qualité de constituant à toute personne physique ou morale. Toutefois, s'agissant de la qualité de fiduciaire, seuls peuvent avoir cette qualité les établissements de crédit mentionnés à l'article L. 511-1 du Code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1 du même code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article L. 531-4 du même code ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du Code des assurances. (art. 2015 du C. civ.). La qualité de fiduciaire est également ouverte aux avocats, le titre II de l'ordonnance du 30 janvier 2009 précise son statut. Le constituant ou le fiduciaire peut être le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires du contrat de fiducie. Lorsque les biens transférés dans le patrimoine fiduciaire comprennent un fonds de commerce ou un immeuble à usage professionnel, le contrat de fiducie peut prévoir que le constituant en conserve l'usage ou la jouissance. On constate que la fiducie peut porter sur les biens des commerçants et des professionnels. Notons que l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficultés a également apporté quelques précisions.

Il est trop tôt pour évaluer le succès que rencontrera cette sûreté, sûreté ancienne remise au goût du jour. Peut-être deviendra-t-elle la reine des sûretés ! (en sens Ph. Dupichot, « La fiducie-sûreté en pleine lumière », *JCP (G)*, I 132) à moins que la création de l'entreprise à patrimoine affecté soit la solution d'équilibre entre protection du commerçant et accès au crédit.