

Et 1, et 2, et 3 : exit le conjoint de l'entrepreneur individuel !

Camille Bourdaire-Mignot

Maîtresse de conférences à l'Université Paris Nanterre

Membre du CEDCACE



Cette contribution est issue d'une conférence organisée par le CEDCACE et le Master Droit du Patrimoine de l'Université Paris Nanterre le 13 mai 2022. Les actes en sont librement consultables sur le site Internet du CEDCACE : <http://cedcace.parisnanterre.fr>

1. Fait exprès ou hasard du calendrier, le législateur aura choisi le jour de la fête des amoureux pour accoucher d'une loi¹ qui semble ignorer totalement le sort du conjoint de l'entrepreneur individuel (ci-après EI). La référence à la protection du conjoint disparaît d'ailleurs totalement du texte². Est-ce à dire qu'il n'a plus à se soucier de l'activité indépendante de son époux ? Certainement pas ! Ce « gommage » est en réalité le signe que l'EI est avant tout pensé comme un célibataire ou, plus précisément, que derrière l'entrepreneur c'est surtout l'entreprise qui au centre de l'attention du législateur³, ce qui, loin de rassurer le conjoint, doit au contraire le rendre plus vigilant.

2. De nombreuses personnes sont susceptibles d'être concernées : la France compte environ 2,8 millions de travailleurs indépendants⁴ et le nombre annuel de mariages dépasse les 200.000⁵. Mais surtout, ce qui renouvelle la question de l'EI marié, c'est que le nouveau statut s'impose à lui (et donc à son conjoint) – il joue désormais de manière automatique quand le recours à l'EIRL dépendait de sa volonté – et que, dans le même temps, le régime matrimonial légal s'applique de

¹ Loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante, complétée par trois décrets d'application et un arrêté : 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, le décret n° 2022-799 du 12 mai 2022 relatif aux conditions de renonciation à la protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel et du transfert universel du patrimoine professionnel et le décret n° 2022-933 du 27 juin 2022 relatif aux modalités d'option de l'entrepreneur individuel pour l'assimilation au régime de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée ou de l'exploitation agricole à responsabilité limitée et de renonciation à l'option pour l'impôt sur les sociétés, ainsi que par l'arrêté du 12 mai 2022 relatif à certaines formalités concernant l'entrepreneur individuel et ses patrimoines.

² Le chapitre VI (du titre II du livre V du Code de commerce), anciennement nommé « De la protection de l'entrepreneur individuel et du conjoint », devient « De la protection de l'entrepreneur individuel ».

³ V. en ce sens les propos conclusifs de Th. Revet, « Le nouveau statut de l'entreprise individuelle, Propos conclusifs », in Actes du colloque du CEDCACE « Le nouveau statut de l'entreprise individuelle », disponible en ligne : <http://cedcace.parisnanterre.fr>

⁴ Ce chiffre est repris de l'exposé des motifs de la loi du 14 février 2022. V. toutefois les observations de B. Dondero (« Place à l'entrepreneur individuel à deux patrimoines (EI2P) ! », *Revue des sociétés* 2022, p. 199 et s., spéc. n° 2) qui souligne que ce chiffre englobe des dirigeants de société affiliés à la sécurité sociale des travailleurs indépendants, juridiquement distincts de l'EI.

⁵ Insee, « Mariages et Pacs, données annuelles de 1990 à 2021 ».

manière quasi automatique dès lors que très peu d'époux optent pour un régime matrimonial conventionnel. Ainsi 85 % des gens mariés le sont sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, lequel offre en principe en gage aux créanciers, dont la dette est née pendant le mariage, tous les biens communs. Il est dès lors impératif d'interroger l'articulation de la loi du 14 février 2022 avec ce régime matrimonial⁶. L'exercice s'annonce périlleux puisqu'il s'agit de faire coexister 3 masses de biens (biens propres de l'un, biens propres de l'autre et biens communs) rattachées selon les cas à 1 ou 2 personnes dont l'une aura désormais 2 « patrimoines ». Ce passage de 1 à 2 « patrimoines » pour un même époux confronté à 3 masses de biens, dont l'une « partagée » avec son conjoint, annonce quelques difficultés ! Si la protection du conjoint dans ce cas ne semble pas pleinement assurée, il n'est pas acquis que les objectifs affichés de la loi (indépendance et protection de l'EI) le soient davantage. C'est ce que met en lumière l'étude de la question sous l'angle de l'actif (I), des pouvoirs (II), et du passif des époux (III).

I. L'actif : nature des biens professionnels de l'EI marié sous le régime légal

3. S'agissant de l'actif, la question posée par le nouveau statut de l'EI est double : quelle est la nature – propre ou commune – des biens qui composent le patrimoine professionnel de l'EI (A) et quelle est, le cas échéant, celle de ce nouveau patrimoine professionnel (B) ?

A. Nature des biens qui composent le patrimoine professionnel

4. **Titularité du bien et nature du bien.** Au terme de l'article L 526-22 al 2 du code de commerce, constituent le patrimoine professionnel, notamment « *Les biens, droits, obligations et sûretés dont [l'entrepreneur] est titulaire et qui sont utiles à son activité ou à ses activités professionnelles indépendantes.* ». Dès lors, les biens propres de l'EI paraissent sans aucun doute pouvoir entrer dans le patrimoine professionnel de celui-ci puisqu'il en est propriétaire exclusif et donc « titulaire » au sens du texte. A l'inverse, les biens propres du conjoint semblent *a priori* exclus de ce patrimoine puisque l'EI ne dispose d'aucun droit sur eux⁷. Reste la question des biens communs dont l'EI est propriétaire certes mais pas à titre exclusif. La nature commune d'un bien ne paraît pas *a priori* incompatible avec la qualification de bien utile à l'activité professionnelle de l'EI. En effet le régime légal n'exclut pas les biens professionnels de la communauté. Tout bien acquis à titre onéreux (ou créé) pendant le mariage est en principe commun. Il en va ainsi d'un fonds de commerce acheté ou créé pendant le mariage par exemple, lequel ne relève pas, malgré son « lien » avec l'époux professionnel, des biens propres par nature⁸. La communauté peut donc compter des biens à usage professionnel d'un époux. Dès lors, il faut se demander si les biens communs peuvent tomber dans le patrimoine professionnel de l'EI au sens de la loi nouvelle. Le doute vient de ce que l'EI n'est pas propriétaire

⁶ Dans le cadre de cette contribution, le propos se limite au régime matrimonial légal qui, par hypothèse, est celui dans lequel la situation professionnelle d'un époux n'a pas été anticipée puisque le régime s'applique sans contrat préalable.

⁷ Il en résulte que si un époux exerce son activité dans des locaux appartenant en propre au conjoint (dont la communauté a la jouissance), ces locaux n'entreront pas dans son patrimoine professionnel et échapperont en principe au gage des créanciers professionnels.

⁸ C'est précisément l'une des caractéristiques de la communauté d'être très « accueillante ». A cet égard, la situation est différente de celle des partenaires pacsés soumis au régime de l'indivision d'acquêts. L'article 515-5-2 2° du code civil exclut en effet « les biens créés et leurs accessoires » de la masse indivise. Dès lors un fonds de commerce (ou libéral) créé par un partenaire soumis à un tel régime pendant le Pacs, qui ferait assurément partie de son patrimoine professionnel, ne pourrait entrer dans l'indivision d'acquêts.

exclusif de tels biens sur lesquels il a des droits concurrents avec son conjoint⁹. Plusieurs indices sont en faveur de l'inclusion possible des tels biens dans le patrimoine professionnel : l'avis du Conseil d'État qui a précisé que le décret « *devrait traiter du sort des biens communs entre l'EI et son conjoint* »¹⁰, la loi elle-même qui comporte une référence aux éventuels biens communs de l'EI à propos de la question de la gestion de ces biens¹¹ et aussi le fait que cela est déjà admis pour l'EIRL¹². Les biens communs semblent donc pouvoir entrer dans le patrimoine professionnel de l'EI, tout comme ses biens propres.

5. Exit l'accord du conjoint. Mais alors ce qui frappe c'est que cela puisse se faire sans l'accord du conjoint, ni même sans qu'il en soit informé ! Contrairement aux textes relatifs à l'EIRL, qui exigent l'information préalable ainsi que l'accord exprès du conjoint pour l'affectation de tout ou partie de biens communs à l'activité professionnelle de l'autre¹³, les nouvelles dispositions demeurent muettes à cet égard¹⁴. Il est vrai que la séparation des patrimoines étant automatique au terme de la loi nouvelle, le conjoint ne saurait s'y opposer¹⁵. Il aurait toutefois été opportun de prévoir son information, ce qui n'est malheureusement pas le cas. A cet égard, il semble que le devoir prévu à l'article L 526-4 du code de commerce ne soit pas exactement du même ordre puisqu'il s'agit pour l'EI d'informer le conjoint, lors de son immatriculation au registre, de manière générale « *des conséquences sur les biens communs des dettes contractées dans l'exercice de sa profession* » mais non de l'informer en particulier de l'affectation de tel ou tel bien à son activité professionnelle. Il apparaît en outre que les règles matrimoniales n'obligent pas expressément un époux à informer son conjoint d'une telle affectation¹⁶. Un tel devoir d'information paraît pourtant nécessaire au bon fonctionnement de la gestion concurrente. Rappelons en effet qu'un même bien commun ne peut pas faire partie de deux patrimoines professionnels¹⁷. Que se passera-t-il si, sans s'en informer mutuellement, les époux – tous deux EI – affectent le même bien commun à leur activité respective ? La première affectation l'emportera vraisemblablement, faisant obstacle à la seconde.

⁹ Pour certains biens, pour lesquels on distingue le titre et la finance (parts sociales, office ministériel...) il n'y a pas de doute puisque dans ce cas le bien n'entre en communauté qu'en valeur.

¹⁰ Avis consultatif du Conseil d'État du 30 septembre 2021 sur « un projet de loi en faveur de l'activité professionnelle indépendante », p. 3.

¹¹ Art. L 526-26 du code de commerce.

¹² L'article 526-11 du code de commerce prévoit expressément la possibilité que le patrimoine affecté à l'activité de l'EIRL soit composé de biens communs.

¹³ Art. 526-11 du code de commerce. L'accord du conjoint est également exigé pour l'affectation de biens indivis.

¹⁴ Les règles matrimoniales n'imposent pas davantage un tel accord : l'affectation en cause n'emporte pas transfert de propriété et ne relève donc pas de l'article 1424 du code civil. Elle n'est pas davantage assimilable à l'affectation d'un bien commun à la garantie de la dette d'un tiers – qui relève de l'article 1422 du code civil – puisque l'EI n'est précisément pas un tiers, c'est toute la subtilité : une seule personnalité juridique pour deux patrimoines.

¹⁵ Dès lors que l'affectation découle automatiquement de l'exercice de l'activité, permettre au conjoint de s'y opposer pour tel ou tel bien commun porterait atteinte à l'indépendance professionnelle de son époux.

¹⁶ Certes, un tel devoir d'information a déjà été reconnu par la Cour de cassation, mais uniquement lors de la phase liquidative de la communauté (Civ. 1^{ère} 16 mars 1999, Bull. civ. I, n° 89 : « *l'époux qui a disposé seul de deniers communs doit, lors de la liquidation, s'il en est requis, informer son conjoint de l'affectation des sommes importantes prélevées sur la communauté qu'il soutient avoir employées dans l'intérêt commun.* »).

¹⁷ C'est en tout cas ce qui est prévu pour l'EIRL, art. L 526-11, al. 1^{er} du code de commerce.

6. Une autre information – essentielle – semble avoir été omise par le législateur : il s'agit de la renonciation à la séparation des patrimoines que peut volontairement faire l'EI, à la demande écrite d'un créancier¹⁸. La séparation des patrimoines étant en principe automatique, le conjoint de l'EI peut légitimement s'attendre à une protection du patrimoine personnel de son époux et, le cas échéant, des biens communs qui y figurent. A défaut d'avoir été informé d'une telle renonciation¹⁹, le conjoint pourrait avoir une mauvaise surprise²⁰.

7. **Le sort du logement familial.** Un bien en particulier attire l'attention : le logement familial qu'il est possible d'affecter en partie à l'activité professionnelle de l'EI²¹. La partie concernée devrait alors entrer dans le patrimoine professionnel de l'EI²² tandis que la partie non affectée devrait, elle, demeurer dans le patrimoine personnel de celui-ci. Elle sera en tout cas protégée de l'action des créanciers professionnels par l'article L 526-1 du code de commerce qui précise que « *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* » et ajoute que « *La domiciliation de la personne dans son local d'habitation en application de l'article L. 123-10 du code [de commerce] ne fait pas obstacle à ce que ce local soit de droit insaisissable, sans qu'un état descriptif de division soit nécessaire.* »²³. La question se pose de savoir si l'affectation d'une partie du logement à l'activité professionnelle de l'EI nécessite l'autorisation du conjoint sur le fondement de l'article 215 du code civil. Une telle affectation pourrait en effet être regardée comme un acte visant à réduire le droit de jouissance de la famille sur le logement²⁴ puisqu'elle modifie partiellement la finalité familiale du logement. Dans cette mesure, l'autorisation du conjoint pourrait s'avérer nécessaire.

8. Au-delà de la nature des biens le composant, la création d'un patrimoine professionnel conduit à s'interroger sur la nature de ce patrimoine.

¹⁸ Art. L 526-25, al. 1^{er} du code de commerce.

¹⁹ Le décret n° 2022-799 du 12 mai 2022 ne prévoit aucune information en ce sens.

²⁰ D'autres situations méritent d'être signalées au conjoint. On pense notamment à celle dans laquelle l'EI entend proposer en garantie d'une dette professionnelle un bien commun ne figurant pas dans son patrimoine professionnel. Si la loi nouvelle ne prévoit là encore aucune information spécifique, les règles matrimoniales viennent protéger le conjoint lorsque le bien est de ceux visés à l'article 1424 (immeubles, fonds de commerce ou exploitations dépendant de la communauté, droits sociaux non négociables ou encore meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité) qui soumet à cogestion tout acte ayant pour effet de les grever de droits réels. En réalité c'est surtout pour les immeubles et les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité que la situation pourrait se rencontrer car les autres biens figureront *a priori* dans le patrimoine professionnel de l'EI. L'article 1422 du code civil – qui impose la cogestion pour l'affectation d'un bien commun en garantie de la dette d'un tiers – n'est pas applicable en revanche, l'EI n'étant pas considéré comme un tiers.

²¹ Sauf à ce que le bien appartienne en propre au conjoint, v. *supra*.

²² L'article R. 526-26 I 3° du code de commerce, issu décret du 28 avril 2022, dispose en effet que figurent dans le patrimoine professionnel : « *Les biens immeubles servant à l'activité, y compris la partie de la résidence principale de l'entrepreneur individuel utilisée pour un usage professionnel* ».

²³ La protection n'est toutefois pas absolue. En effet, l'insaisissabilité n'est pas opposable à l'administration fiscale « lorsque celle-ci relève, à l'encontre de la personne, soit des manœuvres frauduleuses, soit l'inobservation grave et répétée de ses obligations fiscales » (art. L 526-1, alinéa 3, du code de commerce).

²⁴ Il a été jugé que la conclusion d'un bail sur le logement relevait de l'article 215 du code civil au motif qu'il s'agit d'un acte qui vise à anéantir ou réduire les droits réels ou personnels sur le logement : Civ. 1^{er} 16 mai 2000, Bull. civ. I, n° 144.

B. Nature du patrimoine professionnel

9. Le patrimoine professionnel, un bien comme un autre ? Le patrimoine professionnel apparaissant comme une universalité de droit, c'est-à-dire un bien²⁵, on peut s'interroger sur sa nature (bien propre ou bien commun lorsque l'EI est marié sous le régime légal)²⁶. La qualification de bien propre par nature ne s'impose pas *a priori*, le seul caractère professionnel d'un bien ne suffisant pas à écarter la présomption de communauté²⁷. Si l'on s'en tient aux critères classiques de qualification issus du régime légal, il faut s'attacher à la date de création ou de constitution de l'entreprise qui donne naissance à ce patrimoine. Or celle-ci est variable : au terme de l'article L. 526-23 du code de commerce, ce peut être la date d'immatriculation au registre dont relève l'entrepreneur individuel, ou la date déclarée du début d'activité quand l'immatriculation est postérieure ou encore, à défaut d'obligation d'immatriculation, le premier acte exercé en qualité d'entrepreneur individuel. On voit poindre ici une source de contentieux possible dès lors que la qualification du patrimoine pourrait varier en fonction de l'élément retenu²⁸. En outre, d'autres critères pourraient être mobilisés au soutien de telle ou telle qualification (accession, emploi ou encore la règle « *major pars trahit ad se minorem* » en cas de financement mixte).

10. La force d'attraction du patrimoine professionnel : au-delà de l'accessoire ? L'enjeu de cette qualification n'est pas purement théorique si l'on considère que la nature du patrimoine doit l'emporter sur celle des biens qui le composent. Certes, les articles 1404 et 1406 du code civil permettent déjà une certaine unité de qualification entre le fonds et les biens utilisés pour son exploitation, par le jeu de la théorie de l'accessoire (ou la qualification d'instrument du travail), laquelle s'entend de manière extensive sous le régime légal²⁹. Néanmoins, cette théorie n'est pas sans limite. D'une part, elle ne s'applique, au terme des textes, que dans le cas où le bien principal est propre et l'accessoire commun mais pas dans le cas inverse où le bien principal est commun et

²⁵ En ce sens, v. notamment Th. Revet, « La désubjectivation du patrimoine », *D.* 2022, p. 469 et s., spéc. n° 17.

²⁶ N. Jullian, « La cession de patrimoine », *D.* 2018, vol. 174, n° 152 et s. et « La transmission du patrimoine de l'entrepreneur, de nouvelles opérations au service des entrepreneurs individuels », *JCP E* 2022, I, 1137. Pour une approche différente semble-t-il, v. A.-L. Thomat-Raynaud et E. Dubuisson, « Le notaire et le nouveau statut de l'entrepreneur individuel en 12 alarmes », *Deffrénois* 9 juin 2022, n° 23, p. 12-20, qui observent que le patrimoine professionnel n'est pas un véritable patrimoine puisqu'il ne comprend pas d'éléments de passif et estiment que « l'appartenance patrimoniale » des biens composant le patrimoine professionnel ne change pas.

²⁷ En ce sens, v. N. Jullian, *op. cit.*, n° 315 et s. L'auteur – qui se prononce à propos de l'EIRL – montre, en s'appuyant sur les travaux de G. Cornu (« Les régimes matrimoniaux », éd. Puf 1997, coll. Thémis Droit, n° 47, p. 293), que le lien qui unit l'entrepreneur au patrimoine n'est pas personnel au sens de l'article 1404 du code civil dans la mesure où il ne saurait être affirmé qu'il n'a d'intérêt que pour l'entrepreneur lui-même. Elle montre également que l'EIRL ne peut être qualifié d'instrument du travail au sens de ce texte qui en retient une définition restrictive.

²⁸ Pour des questions proches à propos de la création d'une officine de pharmacie autorisée avant le mariage mais ouverte au public après celui-ci, v. Civ. 1^{re} 4 déc. 2013, Bull. civ. I, n° 238, note C. Bourdairé-Mignot *in* Chronique de droit civil de l'entreprise (CEDCACE, sous la dir. de M. Bourassin), *Petites affiches*, 2014, n° 135, p. 6-22.

²⁹ Si un lien physique entre le principal et l'accessoire permet de conférer à l'accessoire la même nature que le bien principal, ce critère n'est pas le seul retenu. Un lien de dépendance économique entre l'accessoire et le bien principal auquel un époux a souhaité l'affecter permet aussi d'appliquer la règle de l'accessoire, ainsi pour un véhicule automobile acquis pendant le mariage à titre d'accessoire d'un cabinet d'assurance propre (Civ. 1^{re}, 8 nov. 1989, Bull. civ. I, n° 340 ; v. aussi Civ. 1^{re}, 22 nov. 2005, Bull. civ. I, n° 428). La jurisprudence a également reconnu le caractère propre d'un fonds de commerce acquis pendant le mariage incorporé à un autre, propre à l'époux acquéreur (Civ. 1^{re}, 2 mai 1990, pourvoi n° 87-10.040, inédit).

l'accessoire propre³⁰. Ainsi, pour un fonds de commerce créé pendant le mariage (bien commun), pour l'exploitation duquel l'EI utilise des biens propres par origine (reçus à titre gratuit par exemple), la règle de l'accessoire est écartée en principe, de sorte que subsiste une dichotomie entre la nature du fonds et celle de certains biens pourtant utilisés comme instruments du travail ou accessoires. Le rattachement de l'ensemble à un même patrimoine professionnel pourrait au contraire permettre une unité de qualification. D'autre part, il est des cas où la jurisprudence n'a pas admis le jeu de l'accessoire, alors même que le bien principal était un bien propre. Notamment en présence de deux fonds distincts, il a été jugé par exemple qu'une exploitation viticole créée pendant le mariage, dont le mari estimait qu'elle était propre par le jeu de l'accessoire comme constituant une extension d'une précédente exploitation lui appartenant avant le mariage, était en réalité commune³¹. Là encore, l'appartenance de ces différents biens à un même patrimoine professionnel pourrait permettre une unité de qualification. Outre le jeu de récompenses auquel elle donnerait lieu, une telle conception « unitaire » emporterait des conséquences importantes en cas de transfert universel du patrimoine professionnel (v. *infra* II B).

II. Les pouvoirs : gestion et transfert universel du patrimoine professionnel de l'EI marié sous le régime légal

11. Il convient ici de s'intéresser à la vie de l'entreprise – gestion du patrimoine professionnel – et au transfert de l'intégralité du patrimoine professionnel.

A. Gestion de l'entreprise : pouvoir exclusif de l'EI ?

12. **L'application des règles de pouvoir des époux communs en biens.** C'est précisément à propos des règles de gestion que la loi nouvelle fait référence aux éventuels biens communs de l'EI en disposant que « *La présente section [3] s'entend sans préjudice des pouvoirs reconnus aux époux pour administrer leurs biens communs et en disposer* »³². Il en résulte que les règles de pouvoir issues du régime légal trouvent à s'appliquer malgré la séparation des patrimoines, y compris sur les biens composant le patrimoine professionnel de l'EI.

13. **Les pouvoirs du conjoint sur les biens composant le patrimoine professionnel.** La loi nouvelle ne prévoit pas de restriction des pouvoirs du conjoint sur les biens communs qui pourraient composer le patrimoine professionnel de l'autre. Heureusement, les règles des régimes matrimoniaux envisagent la situation de la « profession séparée » d'un époux et prévoient qu'il est fait exception au pouvoir concurrent³³ pour « *l'époux qui exerce une profession séparée* », ce qui correspond à la situation de l'EI. Dans ce cas les « *actes d'administration et de disposition nécessaires* » à

³⁰ Sauf à ce que la théorie classique de l'accession trouve à s'appliquer, par exemple pour la construction d'un bien – entièrement financé par des deniers propres – sur un terrain commun.

³¹ Civ. 1^e 17 décembre 1996, Bull. civ. I, n° 452. Dans cette affaire, l'existence d'une exploitation « indépendante en quelque sorte » l'a emporté, la Cour de cassation ayant jugé ayant que les juges du fond avaient « *souverainement retenu que cette activité était différente de celle exercée par le mari avant le mariage et s'adressait à une nouvelle clientèle, de sorte que les biens acquis par les époux ne constituaient pas les accessoires de l'exploitation appartenant en propre au mari* ». Précisons qu'en l'espèce la seconde entreprise était vraisemblablement exploitée par les deux époux et non par le seul mari.

³² Article L 526-26 du code de commerce.

³³ En principe le conjoint exerce des pouvoirs concurrents avec ceux de son époux sur les biens communs (art. 1421 du code civil). Une telle situation apparaît problématique s'agissant des biens communs figurant dans le patrimoine professionnel de l'EI : perte d'indépendance professionnelle de celui-ci et risque d'actes contradictoires portant sur un même bien.

cette profession relèvent du pouvoir exclusif de l'EI. Ainsi, l'époux entrepreneur aurait, au terme de l'article 1421 alinéa 2 du code civil, un pouvoir exclusif sur les biens de son patrimoine professionnel, y compris ceux communs, ce qui lui garantit une autonomie professionnelle. En réalité, ce pouvoir exclusif connaît des limites. D'une part, ce texte confère un pouvoir exclusif à l'EI pour les seuls actes « nécessaires à sa profession séparée » et non pour des actes qui, sans être frauduleux, pourraient apparaître superflus par exemple. L'autonomie de l'EI est donc loin d'être totale³⁴. D'autre part, le pouvoir exclusif trouve sa limite dans l'application du pouvoir de cogestion qui s'applique notamment pour les actes de disposition portant sur les immeubles communs ou encore sur les fonds de commerce communs, droits sociaux non négociables communs ...³⁵, logement propre ou commun³⁶.

14. Ces observations nous conduisent à aborder la question essentielle du transfert du patrimoine professionnel prévu par la loi.

B. Transfert de l'entreprise : acte de disposition du patrimoine dans son ensemble ou de chaque bien qui le compose ?

15. **Le silence de la loi.** Étrangement, la nouvelle loi – qui prévoit la possibilité du transfert du patrimoine professionnel de l'EI (art. L 526-27 à L 526-31 du code de commerce) – ne dit rien des pouvoirs de disposition des époux sur les biens professionnels communs. Il est probable que si le législateur avait entendu écarter les règles matrimoniales en la matière, il l'aurait précisé³⁷, ce qu'il n'a pas fait. La question se pose toutefois de savoir s'il faut les appliquer de manière globale au patrimoine professionnel envisagé comme un tout ou de manière distributive à chaque bien commun le composant ? Tout dépend de la conception retenue pour la qualification du patrimoine professionnel. Si l'on estime que le patrimoine professionnel fait en quelque sorte écran par rapport aux biens qui le composent pour leur conférer une nature identique à la sienne, il faut en déduire que l'acte de transfert constitue un acte unique portant sur un bien unique. Selon cette conception, il semble que – pour un patrimoine professionnel commun – la cogestion s'impose quelle que soit la nature du transfert, de sorte que le conjoint conserve un droit de regard sur la composition de la masse commune. S'il a lieu à titre gratuit, l'article 1422 du code civil exige l'accord du conjoint. S'il est à titre onéreux, il relève de l'article 1424 du code civil, si l'on admet du moins que l'opération s'apparente à l'aliénation « d'une exploitation dépendant de la communauté », laquelle est soumise à l'accord du conjoint³⁸. Si le patrimoine professionnel est propre en revanche, le transfert devrait

³⁴ La critique existait déjà pour l'EIRL, en ce sens v. notamment H. Lécuyer, « Entreprise et famille », *GP* 2011 n° 139, p. 51.

³⁵ Art. 1424 du code civil.

³⁶ Art. 215 du code civil.

³⁷ L'article L 526-27, alinéas 2 et 3, du code de commerce dispose en effet que « Le transfert universel du patrimoine professionnel emporte cession des droits, biens, obligations et sûretés dont celui-ci est constitué. Il peut être consenti à titre onéreux ou gratuit. » et que « Sous réserve de la présente section, les dispositions légales relatives à la vente, à la donation ou à l'apport en société de biens de toute nature sont applicables, selon le cas. ». Or la section ne comporte aucune dérogation expresse aux règles de gestion des biens sous le régime matrimonial légal tandis que d'autres dispositions légales sont expressément exclues (c'est le cas par exemple des articles 815-14 ou 1699 du code civil, art. L 526-29).

³⁸ En outre, dans cette dernière hypothèse, l'accord du conjoint est également nécessaire pour la perception des capitaux provenant de l'opération (art. 1424, al. 1^{er} du code civil). A noter que le conjoint devrait alors intervenir à l'acte en qualité d'« autorisant » (et non de cédant) pour ne pas être cocontractant et ainsi personnellement débiteur d'éventuelles obligations contractuelles liées au caractère professionnel de l'objet de la cession (sur ces questions, v.

être soumis au pouvoir exclusif de l'EI³⁹, et ce, même si le patrimoine a « absorbé » des biens communs dont l'EI n'aurait pu disposer en principe sans l'accord du conjoint. Dans ce dernier cas, la conception « unitaire » du patrimoine professionnel, pourrait avoir des conséquences considérables puisque l'EI (qui aurait débuté son activité avant son mariage) pourrait ainsi soustraire (en nature) à la communauté un ou plusieurs biens communs (tombés dans le patrimoine professionnel propre) dont la disposition est en principe soumise à cogestion, et ce, sans l'accord du conjoint, voire au mépris d'une éventuelle opposition de sa part, alors même que ce dernier ne peut s'opposer à l'entrée de tel ou tel bien commun dans le patrimoine professionnel de l'EI⁴⁰. En d'autres termes, la constitution d'un patrimoine professionnel avant le mariage, pourrait priver le conjoint de son droit de regard sur la composition de la communauté en nature. Si, au contraire, on estime que le patrimoine professionnel n'exerce pas une telle attraction sur les biens qui le composent, il convient de faire une application distributive des règles de gestion aux biens le composant, ce qui est de nature à préserver le droit de regard du conjoint sur la composition de la masse commune et semble plus conforme à l'esprit du régime légal⁴¹.

III. Le passif : le sort des dettes professionnelles de l'EI marié sous le régime légal

16. En matière de passif, la question est également double : elle concerne tant le gage des créanciers professionnels (obligation à la dette) (A) que la répartition des dettes professionnelles entre les époux (contribution à la dette) (B).

A. Obligation à la dette : quelle protection pour les biens communs ?

17. Le cloisonnement des patrimoines permet de limiter le gage des créanciers professionnels mais pas nécessairement de protéger les biens communs. C'est bien sûr, la question du passif provisoire qui est au cœur de la nouvelle loi. Le statut de l'EI permet de « mettre à l'abri » des créanciers professionnels, son patrimoine personnel (art. L. 526-25 du code de commerce). Cela n'est pas novateur – l'EIRL permettait déjà d'aboutir à ce résultat – et fait en partie double emploi avec d'autres dispositions qui sont maintenues⁴². Dès 2003 en effet, le législateur a pris en compte le risque que représente le passif professionnel pour l'EI et a permis de rendre insaisissable sa résidence⁴³. Depuis, cette possibilité a été étendue à d'autres biens non

B. Thullier, *L'autorisation (Étude de droit privé)*, thèse LGDJ, 1990, préf. A. Bénabent ; v. aussi C. Bourdairé-Mignot, *Le contractant marié*, thèse Doctorat et Notariat, éd. Defrénois, tome 36, 2009, préf. J. Revel, spéc. n° 98 et s.)

³⁹ Art. 225 et 1428 du code civil.

⁴⁰ En ce sens, N. Jullian, art. préc. Certes, en matière testamentaire, un époux peut léguer seul un bien ou une quote-part de ses biens comprenant des biens communs – y compris un fonds de commerce ou un immeuble par exemple – mais la réalisation du legs (en nature) implique que le bien tombe dans le lot de l'époux (art. 1423 du code civil), ce qui suppose la liquidation et le partage de la communauté, autant d'opérations auxquelles il n'est pas procédé en matière de transfert de patrimoine professionnel.

⁴¹ Sur ce point v. V. Brémond, *La collaboration entre époux*, thèse Paris-Nanterre, 1997.

⁴² En ce sens B. Dondero, art. préc., spéc. n° 7.

⁴³ Au départ, une déclaration d'insaisissabilité était nécessaire. Désormais (depuis la loi n°2015-990 du 6 août 2015) l'insaisissabilité joue de plein droit : art. L. 526-1 du code de commerce.

affectés à un usage professionnel⁴⁴. Le maintien de ces solutions ne prive toutefois pas totalement d'intérêt la nouvelle loi qui joue pour tous les biens de manière automatique et peut ainsi permettre la protection de biens meubles, lesquels ne pouvaient être déclarés insaisissables sur le fondement des anciens textes.

18. Pour autant, il ne faut pas s'y tromper, il s'agit bien de protéger le patrimoine personnel de l'EI et non les droits de son conjoint. Sous le régime légal, le risque pour le conjoint de l'EI est de voir les biens communs engagés par les dettes professionnelles de son époux. En vertu de l'article 1413 du code civil, toute dette entrée en communauté du chef d'un époux engage les biens communs en principe⁴⁵. Or la loi nouvelle ne permet pas de « mettre à l'abri » les biens communs en tant que tels, mais seulement ceux qui ne seront pas affectés à l'activité professionnelle de l'entrepreneur. Dès lors, s'agissant de la protection des droits du conjoint dans les biens communs, la loi nouvelle pourrait n'avoir aucune efficacité et ce d'autant que le conjoint n'est pas informé de l'entrée de certains biens communs dans le patrimoine professionnel de l'entrepreneur et ne dispose *a fortiori* d'aucun droit de regard. Finalement, le risque de voir des biens communs intégralement engagés par les dettes professionnelles de l'EI demeure. Ce sera le cas en particulier si la communauté ne se compose activement que d'un logement mixte dans lequel l'EI exerce son activité avec du matériel commun. Le législateur avait d'ailleurs identifié ce risque et impose (depuis 2003) à l'EI d'informer son conjoint « *des conséquences sur les biens communs des dettes contractées dans l'exercice de sa profession.* » (art. L 526-4 du code de commerce). Cette information reste de rigueur !

19. Quant à la mise en œuvre de cette séparation, il convient de formuler une remarque et une préconisation. La logique des régimes matrimoniaux est perturbée : la présomption de communauté de l'article 1402 du code civil, qui joue en principe en faveur du conjoint au détriment du créancier lorsque le gage de ce dernier est réduit (pour un emprunt ou un cautionnement par exemple ou pour une dette antérieure au mariage), ne sera d'aucun secours au conjoint ici. Au terme de l'article L 526-22 du code de commerce en effet, la charge de la preuve que le bien saisi par le créancier impayé ne figure pas dans le patrimoine auquel se cantonne son gage repose sur l'EI. En d'autres termes, la seule preuve de la nature commune du bien saisi ne suffira pas à faire obstacle à la mesure d'exécution. Il se peut aussi que les biens communs figurent tous dans le patrimoine personnel de l'EI mais que celui-ci ait renoncé à la séparation des patrimoines au profit d'un créancier (sans en avoir préalablement informé son conjoint). Dans une telle hypothèse, il nous paraîtrait opportun que le bénéfice de discussion, dont peut se prévaloir l'EI⁴⁶, puisse aussi être invoqué par le conjoint. Sur ce point, un conflit d'intérêts entre les époux n'est d'ailleurs pas totalement exclu.

20. Outre que le nouveau statut de l'EI n'est pas spécialement protecteur pour le conjoint marié sous le régime légal, la loi nouvelle pourrait même se révéler à certains égards, moins protectrice que le régime légal lui-même. Cela vient de ce qu'elle repose sur une distinction patrimoine personnel/patrimoine professionnel du débiteur qui ne recoupe pas nécessairement celle sur laquelle repose le régime légal, à savoir biens propres du débiteur/biens communs. Il en résulte

⁴⁴ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008, art. L 526-1 du code de commerce.

⁴⁵ L'article 1415 du code civil fait exception à cette règle pour les cautionnements et les emprunts sauf accord du conjoint (que les créanciers professionnels ne manqueront pas d'exiger le plus souvent).

⁴⁶ En cas de renonciation à la séparation des patrimoines, l'EI peut demander au créancier qui entend saisir les biens d'exercer ses droits en priorité sur les biens composant le patrimoine professionnel : article 161-1 du code des procédures civiles d'exécution.

que si l'EI se porte seul caution ou emprunteur – pour son activité professionnelle –⁴⁷, le gage du créancier qui devrait se limiter aux seuls biens propres et revenus du débiteur en application de l'article 1415 du code civil, pourrait s'étendre aux biens communs contenus dans le patrimoine professionnel en application des dispositions issues de la réforme, et ce, alors même que le conjoint n'est pas nécessairement informé de l'affectation et qu'il l'a encore moins autorisée !

21. Une protection illusoire pour les dettes de cotisations et contributions sociales de l'EI ?

Par ailleurs, la limitation du gage du créancier prévu pour les dettes de cotisations et contributions sociales pourrait être neutralisée par la jurisprudence en la matière pour de telles dettes souscrites par un époux. L'article 220 du code civil déclare par principe solidaire toute dette contractée par un époux pour les besoins du ménage ou l'éducation des enfants, parmi lesquelles la jurisprudence inclut les cotisations afférentes à un régime de prévoyance sociale notamment⁴⁸. Or, d'après la loi nouvelle, « *Les dettes dont l'entrepreneur individuel est redevable envers les organismes de recouvrement des cotisations et contributions sociales* » sont réputées « *nées à l'occasion de son exercice professionnel* » et ne peuvent donc être recouvrées que sur le patrimoine professionnel, sauf exception⁴⁹ (art. L 526-22 al 5 du code de commerce). Si le juge estimait que la solidarité prévaut, la protection issue de la réforme serait, pour ces dettes au moins, tout à fait illusoire⁵⁰.

22. A noter que si l'on se place du point de vue des créanciers professionnels, le régime matrimonial de leur débiteur leur réserve également des surprises car ils pourraient se retrouver en concurrence avec les créanciers personnels du conjoint : qu'est-ce qui empêche en effet ces deniers de saisir les biens communs compris dans le patrimoine professionnel de l'autre lorsque la dette est née pendant le mariage ? Rien *a priori*⁵¹.

23. En somme, pour un EI marié sous le régime légal, la séparation des patrimoines personnel et professionnel ne tiendra pas toujours sa promesse.

B. Contribution à la dette : tout dépend de la conception retenue pour le patrimoine professionnel

24. La distinction entre les dettes ménagères et les autres reste de mise. Sous le régime légal, les dettes relevant de l'article 220 du code civil incombent définitivement à la communauté (article 1409 du code civil). Si l'on admet que les dettes de cotisations et contributions sociales de l'EI relèvent de ce texte (v. *supra*), elles devront être supportées définitivement par la communauté.

⁴⁷ A noter que si cet époux se porte seul caution ou emprunteur à titre personnel, son créancier ne devrait pas pouvoir saisir ses biens personnels situés dans son patrimoine professionnel...

⁴⁸ La jurisprudence considère en effet que la dette liée à un régime de cotisation obligatoire est solidaire dès lors que le régime d'assurance vieillesse par exemple institue un droit à réversion au profit du conjoint survivant (Civ. 1^e 29 juin 2011, pourvoi n^o 10-16.925, inédit).

⁴⁹ L'article L 526-24 du code de commerce prévoit des hypothèses dans lesquelles ces dettes sont malgré tout recouvrables sur le patrimoine personnel et professionnel : cas de fraudes, ou de certains types de contribution. Pour plus de détails, v. notamment B. Dondero, art. préc., spéc. n^o 54 et s.

⁵⁰ Notons d'ailleurs que le traitement de ces dettes est relativement curieux dès lors qu'au terme de l'article D 526-32 du code de commerce, issu du décret n^o 2022-799 du 12 mai 2022, ces dettes ne seront pas transférées en cas de cession du patrimoine professionnel, sur ce point, v. notamment A. Reygrobellet, « Le statut de l'entrepreneur individuel enfin opérationnel ! », *JCP N* 20 mai 2022, n^o 20, act. 571.

⁵¹ En ce sens pour l'EIRL, v. H. Lécuyer préc.

Chaque fois que ces dettes auront été payées avec des deniers communs (revenus de l'époux entrepreneur) – cas le plus fréquent – il n'y aura pas droit à récompense.

25. Pour les autres dettes, il faudra rechercher quelle masse de biens (propres de l'EI ou communs) a tiré profit de la dette pour en déterminer la charge définitive et s'interroger, le cas échéant, sur l'existence d'un droit à récompense. Selon la conception retenue pour la qualification du patrimoine professionnel, il faudra s'attacher à la nature du patrimoine lui-même (conception unitaire) ou à celle du bien financé par la dette en cause. Concrètement, le paiement (avec des deniers communs) d'une dette qui aura servi à acquérir un bien pendant le mariage, lequel aura intégré le patrimoine professionnel (sans que l'article 1404 – ou 1406 – du code civil ne puisse être invoqué), donnera lieu à récompense si l'on estime qu'elle a profité au patrimoine professionnel dans son ensemble (conception unitaire) mais pas si l'on considère qu'il faut s'attacher à la nature du bien financé, lequel sera considéré comme commun dans cet exemple.

26. En somme, vu sous l'angle du régime légal, la notion de patrimoine professionnel de l'EI interroge quant à sa portée. Si le législateur a entendu, par la reconnaissance d'un tel patrimoine, modifier les règles d'obligation à la dette en cantonnant le gage des créanciers professionnels, il n'est pas sûr qu'il ait entendu aller plus loin. En d'autres termes, il n'est pas certain qu'il ait souhaité consacrer l'unité « active » d'un tel patrimoine au point de voir modifier les règles de gestion du régime légal notamment. On observera en ce sens que le législateur n'a pas dit un mot du sort de ce patrimoine lors de la dissolution et du partage de la communauté. Si elle est dissoute par le décès de l'EI, le patrimoine professionnel sera réuni au patrimoine personnel (art. L 526-22, al. 7, du code de commerce), de sorte qu'il faudra sans doute faire comme si ce bien particulier n'avait jamais existé et appliquer le droit commun de la liquidation et du partage de la communauté. C'est la nature des biens l'ayant composé qui dictera leur sort. Si la communauté est dissoute pour une autre cause (le divorce des époux par exemple), il semble que les règles de l'attribution préférentielle, auxquelles renvoie l'article 1476 du code civil, permettront à l'EI de demander à ce que l'entreprise tombe dans son lot⁵² sans qu'il soit nécessaire d'avoir recours à une conception unitaire du patrimoine professionnel. D'ailleurs, dès 2005, le législateur avait utilisé la notion de « patrimoine professionnel » de l'EI marié, en limitant la portée de la notion à ses conséquences passives (dans les rapports entre époux cette fois⁵³). Si la loi de 2022 est plus générale dans son champ d'application – l'article 1387-1 du code civil concernant le seul divorce des époux – sa

⁵² L'article 831 du code civil permet à l'époux concerné de demander l'attribution préférentielle « de toute entreprise, ou partie d'entreprise agricole, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ou quote-part indivise d'une telle entreprise (...), à l'exploitation de laquelle il participe ou a participé effectivement. ». L'article 831-2, 2° et 3° du code civil permet quant à lui à l'entrepreneur de demander l'attribution préférentielle « de la propriété ou du droit au bail du local à usage professionnel servant effectivement à l'exercice de sa profession et des objets mobiliers nécessaires à l'exercice de sa profession » ainsi que « de l'ensemble des éléments mobiliers nécessaires à l'exploitation d'un bien rural cultivé par le défunt à titre de fermier ou de métayer lorsque le bail continue au profit du demandeur ou lorsqu'un nouveau bail est consenti à ce dernier. ».

⁵³ L'article 1387-1 du code civil, issu de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 dispose : « 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 judiciaire peut décider d'en faire supporter la charge exclusive au conjoint qui conserve le patrimoine professionnel ou, à défaut, la qualification professionnelle ayant service de fondement à l'entreprise. » Si la disposition a été largement critiquée en ce qu'elle manque de précision et de clarté (v. notamment, V. Brémond, « Le nouveau régime des dettes professionnelles conjugales en cas de divorce. A propos de l'article 1387-1 nouveau du code civil issu de la loi du 2 août 2005 en faveur des PME, JCP N 2005, n° 50, p. 2059-2064), les quelques décisions dans lesquelles elle a été appliquée montrent que la règle posée relève uniquement de la contribution à la dette et non de l'obligation et ne s'applique dès lors que dans les rapports entre époux. Pour autant, elle demeure protectrice du conjoint de l'entrepreneur.

Et 1, et 2, et 3 : exit le conjoint de l'entrepreneur individuel !

véritable portée se limite sans doute aussi aux seuls aspects passifs provisoires (obligation à la dette) du patrimoine professionnel de l'EI marié.

Le 30 novembre 2022