

La garantie des dettes de l'entrepreneur individuel

Olivier Deshayes

Professeur à l'Université Paris Nanterre
Directeur adjoint du CEDACE
Co-directeur du Master Droit du patrimoine



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. La grande innovation introduite en droit français par la loi du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante¹ est la partition du patrimoine de tout entrepreneur individuel en deux masses distinctes : le patrimoine personnel et le patrimoine professionnel.
2. L'étude de la garantie des dettes de l'entrepreneur individuel – l'expression étant ici prise dans un sens large – présente pour cela un intérêt tout particulier².
3. Premièrement, la séparation des patrimoines s'accompagne, nous le verrons, d'un cantonnement de l'assiette du droit de gage général des créanciers. La façon dont ce cantonnement opère est donc

¹ Loi n°2022-172 du 14 février 2022 « en faveur de l'activité professionnelle indépendante », JORF n° 0038 du 15 février 2022. Bibliographie générale : T. Revet, « La désubjectivation du patrimoine », *D.*, 2022, 469 ; S. Piédelièvre, « Premières remarques sur la loi du 14 février 2022 en faveur de l'activité indépendante », *JCP N* 2022, 301 ; J.-D. Pellier, « Regard sur le nouveau statut de l'entrepreneur individuel », *JCP* 2022, 345 ; B. Dondero, « Place à l'entrepreneur individuel à deux patrimoines (EI2P) ! », *Rev. sociétés*, 2022, 199 ; R. Mortier « L'entrepreneur individuel à patrimoine dédoublé », *Dr. Sociétés*, 2021, n°12, rep. 11 ; J.-J. Daigre, « Le fonds libéral a trouvé son régime dans celui de l'entreprise individuelle », *D.*, 2022, point de vue, 1215 ; Dossier JCP E 2022, 1135, dir. B. Dondero, avec les contributions de C. Favre-Rochex, « Le nouveau patrimoine professionnel », N. Jullian, « La transmission du patrimoine de l'entrepreneur, de nouvelles opérations au service des entrepreneurs individuels » ; Dossier RLDC, avr. 2022, n° 202 avec les contributions de Q. Némoz-Rajot, « Une protection patrimoniale renforcée et simplifiée », S. Tisseyre, « La constitution et la composition du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel », A. Nallet, « Le transfert du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel », F. Masson, « Séparation automatique des patrimoines et théorie du patrimoine », X. Delpech, « EIRL : autopsie d'un échec », V. Legrand, « L'extinction organisée de l'EIRL », M. Buchberger, « Quel avenir pour les sociétés unipersonnelles ? », A. Bézert, « L'entrepreneur individuel en difficulté » ; Dossier JCP N, 2002, n°22-23 avec les contributions de A. Arnaud-Emery, « Nouveau statut impératif de l'entrepreneur individuel : que l'aventure commence ! », A.-L. Thomat-Raynaud et E. Dubuisson, « L'entrepreneur individuel et les effets patrimoniaux de son nouveau statut, quelles précautions lors de l'identification des personnes et la désignation des biens dans un acte ? », A.-L. Thomat-Raynaud et E. Dubuisson, « Le « débiteur entrepreneur individuel » et les gages spéciaux des créanciers chirographaires, les nouveaux réflexes pratiques », S. Cabrillac, « Entrepreneur individuel : et si les difficultés concernaient le financement du patrimoine privé ? » ; C. Tabourot, « Pour un statut de l'entrepreneur individuel plus sécurisé », *JCP G*, 2022, n°34, p. 1506 ; R. Mortier, S. Le Normand-Caillère, N. Jullian, « Le transfert du patrimoine de l'EIPP », *JCP N*, 2022, n°43, p. 46 ; M.-C. Larcher et T. Leobon, « La responsabilité comparée de l'entrepreneur individuel et du dirigeant de société », *JCP N*, 2022, n°37, p. 37.

² Sur ce thème, outre les contributions générales précitées (note préc.), v. J.-J. Ansault et C. Gijsbers, *Entrepreneur individuel et sûretés*, in *Chronique de droit des sûretés*, D. 2022, 1724, n°1 et s.

un bon moyen de comprendre comment le mur entre les patrimoines est construit et de mesurer l'imperméabilité de ses faces.

4. Deuxièmement, la prise de sûretés par les créanciers qui se trouvent d'un côté du mur sur les actifs localisés de l'autre côté, à la supposer possible, devient un moyen de jeter un pont entre les patrimoines de l'entrepreneur. Or le nombre de ces ponts et la relative facilité ou difficulté de les construire sont de bons tests de l'efficacité et, au bout du compte, de l'utilité de la partition entre les patrimoines.

5. Enfin, troisièmement et sur un plan plus théorique, il faut reconnaître que le cantonnement du droit de gage des créanciers bouleverse les catégories habituelles du droit des sûretés. Prenons du recul quelques instants. Le propre d'une sûreté est de donner quelque avantage supplémentaire au créancier en élevant son niveau de « garantie » par rapport à la situation qui est celle du commun des créanciers, c'est-à-dire celle des créanciers chirographaires. Suivant une perception habituelle des choses, et à s'en tenir aux généralités, ces avantages supplémentaires peuvent consister soit en l'obtention d'un droit de gage général sur le patrimoine d'un tiers (c'est la sûreté personnelle), soit en l'obtention d'un droit exclusif ou d'un droit de préférence sur la valeur d'un ou plusieurs actifs déterminés (c'est la sûreté réelle). La partition du patrimoine rebat les cartes car la situation du créancier chirographaire se trouve changée : ce dernier n'a pas plus pour gage général l'ensemble des biens du débiteur mais une fraction seulement. Aussi l'amélioration de son sort peut-elle prendre une voie largement inédite : non pas atteindre le patrimoine d'une autre personne, non pas obtenir un droit exclusif ou de préférence sur un ou plusieurs biens déterminés du même patrimoine mais étendre l'assiette du droit de gage en y intégrant les actifs de l'autre patrimoine du même débiteur ou prendre une sûreté réelle sur un bien de cet autre patrimoine. L'utilisation des outils conceptuels classiques pour appréhender cette nouvelle réalité donne naissance à des questions déroutantes. On s'interrogera par exemple sur le point de savoir si l'extension du gage des créanciers « professionnels »³ à tous les biens qui relèvent du patrimoine personnel n'est pas une forme d'auto-cautionnement ? On se demandera également si la sûreté réelle qui serait obtenue sur un bien particulier de l'autre patrimoine de l'entrepreneur individuel est une sûreté pour soi-même (puisque constituant et débiteur sont une même personne) ou bien pour autrui (puisque la sûreté grève un bien qui se trouve dans un autre patrimoine) ? Ne présente en revanche pas d'originalité – et ne sera donc pas traité ici – l'octroi d'une sûreté par un authentique tiers pour la garantie des dettes de l'entrepreneur individuel, que ces dernières soient personnelles ou professionnelles.

6. Tâchons d'y voir clair. Tâchons de faire simple. D'abord le mur (I), ensuite les ponts (II).

I. Le cantonnement du droit de gage général des créanciers de l'entrepreneur individuel : le mur

7. Le cantonnement du droit de gage général des créanciers de l'entrepreneur individuel est la clé de la protection que la loi a entendu conférer à ce dernier, espérant en retour une libération de l'initiative économique.

³ On emploiera systématiquement l'adjectif « professionnel » entre guillemets quand il se rapporte au nom créancier afin d'attirer l'attention sur l'ambiguïté de l'expression, prise ici pour désigner les créanciers dont la créance est née de l'activité professionnelle de l'entrepreneur, mais qui est fréquemment utilisée en droit de la consommation pour désigner tout autre chose : le créancier dont la créance est née dans le cadre de sa propre activité professionnelle.

8. Il conviendra successivement de donner un aperçu du fonctionnement de ce cantonnement (**A**), de s'intéresser à la composition des patrimoines désormais distincts (**B**) avant de s'attarder sur l'application dans le temps de la mesure (**C**).

A. Fonctionnement du cantonnement du droit de gage général

9. On commencera par indiquer que la loi n'entend pas distinguer, pour chaque activité professionnelle de l'entrepreneur individuel, un patrimoine professionnel propre. Un entrepreneur individuel n'a donc qu'un seul patrimoine professionnel, quand même il aurait plusieurs activités professionnelles exercées à titre individuel⁴.

10. Cette précision étant faite, il faut signaler que le mur qui sépare le patrimoine personnel du patrimoine professionnel est – au moins en partie – étanche sur ses deux faces. D'un côté, il est prévu que les créanciers « professionnels » n'ont de droit de gage « général » que sur les biens du patrimoine professionnel (C. com., art. L.526-22, al.4)⁵. De l'autre côté, il est pareillement prévu que « seul le patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel constitue le gage général des créanciers dont les droits ne sont pas nés à l'occasion de son exercice professionnel » (C. com., art. L.526-22, al. 6). De chaque côté du mur, des créanciers distincts se séparent donc des actifs distincts.

11. Cela paraît simple et logique. En apparence seulement.

12. Tout d'abord, si le but était véritablement de protéger le patrimoine personnel de l'entrepreneur, on se serait attendu à ce que seuls les créanciers « professionnels » vissent leur droit de gage limité aux biens professionnels, les créanciers personnels conservant quant à eux la faculté d'appréhender tous les biens sans limite. Tel n'est pas le cas.

13. Ensuite, il faut remarquer que le régime de l'entreprise individuelle détonne par rapport à celui d'une EURL (qui est la figure concurrente la plus proche) ou plus largement d'une société. Certes, le créancier « personnel » d'un débiteur exerçant une activité au travers une personne morale ne peut pas non plus appréhender les biens de l'entreprise. La raison en est, en ce qui le concerne, la barrière que constitue la personnalité juridique de la société. Mais ce créancier trouve en revanche dans le patrimoine de son débiteur les parts de la société, sur lesquelles son droit de gage peut s'exercer. Le créancier personnel d'un entrepreneur individuel ne profite d'aucun avantage équivalent. Son droit de gage est purement et simplement amputé de la valeur que représente

4 Cela résulte de l'article L.526-22 du Code de commerce, lequel admet que l'entrepreneur individuel puisse exercer « plusieurs activités professionnelles indépendantes » et indique que « Les biens, droits, obligations et sûretés dont il est titulaire et qui sont utiles à son activité ou à ses activités professionnelles indépendantes constituent le patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel ». La suite du texte fournit un autre argument : « Sous réserve du livre VI du présent code, ce patrimoine ne peut être scindé ».

⁵ C. Com, art. L.526-22, al. 4 : « Par dérogation aux articles 2284 et 2285 du code civil et sans préjudice des dispositions légales relatives à l'insaisissabilité de certains biens, notamment la section 1 du présent chapitre et l'article L. 526-7 du présent code, l'entrepreneur individuel n'est tenu de remplir son engagement à l'égard de ses créanciers dont les droits sont nés à l'occasion de son exercice professionnel que sur son seul patrimoine professionnel, sauf sûretés conventionnelles ou renonciation dans les conditions prévues à l'article L. 526-25 ». La règle est logiquement prolongée sur le terrain des procédures civiles d'exécution par un nouvel article L.161-1 du CPCE : « Une procédure d'exécution à l'encontre d'un débiteur entrepreneur individuel ne peut porter que sur les biens du patrimoine sur lequel le créancier dispose d'un droit de gage général en vertu de l'article L. 526-22 du code de commerce ».

l'activité économique de son débiteur. En peu de mots : ce créancier se trouve moins bien traité que si son débiteur exerçait son activité au travers d'une société.

14. Peut-être est-ce cette incongruité qui a convaincu le « législateur » d'assouplir quelque peu la règle⁶. L'ordonnance octroie en effet aux créanciers personnels un droit – mais un droit qui est plafonné et subsidiaire – de saisir les biens professionnels en cas d'insuffisance du patrimoine personnel. Plus précisément, l'article L.526-22 du Code de commerce dispose que « si le patrimoine personnel est insuffisant, le droit de gage général des créanciers [personnels] peut s'exercer sur le patrimoine professionnel, dans la limite du montant du bénéfice réalisé lors du dernier exercice clos »⁷.

15. Ensuite encore, on observera que les créanciers « professionnels » ne peuvent quant à eux jamais saisir les biens personnels de l'entrepreneur individuel (sauf le jeu d'une renonciation à la séparation des patrimoines ou de sûretés, sur lesquelles v. *infra*, qui leur est semble-t-il réservé). Aucun assouplissement comparable à celui qui vient d'être évoqué pour les créanciers personnels n'ayant été prévu, le mur entre les patrimoines n'est donc pas pareillement étanche sur ses deux faces. Ce n'est pas nécessairement un vice de construction. Mais cela montre du moins que la logique de partition n'est pas aussi simple qu'il y paraît. En l'occurrence, on aurait pu comprendre que des soupapes soient prévues en faveur des créanciers « professionnels », ne serait-ce que pour éviter que le régime de l'entreprise individuelle ne se distingue inutilement de celui de l'activité exercée au travers une personne morale (qui connaît l'engagement personnel des associés dans les sociétés à risque illimité, l'action en comblement de passif, etc.)

16. Enfin, on relèvera que certains créanciers sont immunisés contre la séparation des patrimoines. Ils ne sont pas soumis à la discipline qu'elle implique. Deux statuts différents existent.

17. Premièrement, l'administration fiscale et les organismes de sécurité sociale échappent ponctuellement à la partition des patrimoines (et donc au fractionnement de l'assiette du droit de gage) lorsqu'existent des manœuvres frauduleuses de l'entrepreneur ou lorsque ce dernier est l'auteur d'inobservations graves et répétées de ses obligations fiscales ou sociales⁸.

⁶ Il y a « incongruité » au regard de l'objectif affiché, qui est de protéger le patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel. Mais la mesure devient parfaitement logique si l'on décide que le nouveau régime doit servir à protéger l'entreprise individuelle contre les créanciers personnels. Sur cette dimension cachée de la réforme, v. T. 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>

⁷ Le résultat est inédit : un créancier exerce un droit de gage général sur des biens qui se trouvent dans un autre patrimoine (biens qui ne sont pas spécifiquement désignés) dans la limite d'un certain montant (qui n'a rien à voir avec le montant de la créance).

⁸ C. Com., art. L.526-24, al. 1^{er} : « Le droit de gage de l'administration fiscale et des organismes de sécurité sociale porte sur l'ensemble des patrimoines professionnel et personnel de l'entrepreneur individuel en cas de manœuvres frauduleuses ou d'inobservation grave et répétée de ses obligations fiscales, dans les conditions prévues aux I et II de l'article L. 273 B du livre des procédures fiscales, ou d'inobservation grave et répétée dans le recouvrement des cotisations et contributions sociales, dans les conditions prévues à l'article L. 133-4-7 du code de la sécurité sociale (...) ».

18. Deuxièmement, l'administration fiscale et les organismes de sécurité sociale échappent toujours et sans condition au fractionnement de l'assiette du droit de gage général pour certains impôts ou certaines contributions⁹.

B. Composition des patrimoines

19. S'agissant de la répartition des actifs de l'entrepreneur entre ses patrimoines personnel et professionnel, l'ordonnance fait plusieurs choix remarquables.

20. Tout d'abord, le patrimoine personnel est déterminé négativement : y entrent tous les actifs qui ne sont pas dans le patrimoine professionnel. L'article L.526-22 du Code de commerce dispose à cet égard, dans son alinéa 2, que « les éléments du patrimoine de l'entrepreneur individuel non compris dans le patrimoine professionnel constituent son patrimoine personnel ».

21. Ensuite, ce n'est pas l'entrepreneur qui choisit les biens qui intègrent son patrimoine professionnel (contrairement à ce qui se passait dans le régime de l'EIRL), ce qui aurait supposé une forme de déclaration d'affectation. C'est la loi qui enrôle de force certains actifs dans le patrimoine professionnel.

22. Enfin, et précisément, le critère permettant de déterminer si un élément d'actif rejoint le patrimoine professionnel ou s'il reste dans le patrimoine personnel est celui de l'utilité professionnelle ou non du bien considéré¹⁰. Il résulte en effet de l'article L.526-22 du Code de commerce que constituent le patrimoine professionnel de l'entrepreneur « les biens, droits, obligations et sûretés (...) qui sont utiles à son ou à ses activités professionnelles ». Le Décret n°2022-725 du 28 avril 2022 tente de préciser ce que cela désigne. Il introduit dans le Code de commerce un article R.526-26, dont le I dispose « 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 ». Le texte fournit une liste de ce que peuvent être de tels biens. Elle comprend notamment « 1° Le fonds de commerce, le fonds artisanal, le fonds agricole (...); 2° Les biens meubles comme la marchandise, le matériel et l'outillage (...); 3° Les biens immeubles servant à l'activité (...) les fonds professionnels, les immeubles affectés à l'exploitation, l'outillage (...); 4° Les biens incorporels comme les données relatives aux clients, les brevets d'invention, les licences, les marques, les dessins et modèles (...); 5° Les fonds de caisse, toute somme en numéraire conservée sur le lieu d'exercice de l'activité professionnelle, les sommes inscrites aux comptes bancaires dédiés à cette activité (...) ».

23. A première vue, la présence d'un bien sur la liste du Décret implique une forme de présomption qu'il est professionnel. Mais il y a lieu de se demander si cette présomption est irréfragable ou si elle est simple, ce qui impliquerait qu'on puisse établir que les biens ne sont pas, *in casu*, utiles à l'activité professionnelle afin de les faire échapper au gage des créanciers « professionnels ». Dans la grande majorité des cas, la question est purement gratuite car la preuve contraire paraît inconcevable. S'agissant toutefois des biens « neutres », dont seule la destination qui est choisie pour eux par le

⁹ C. Com. Art. L.526-24, al. 1er et 2 : « (...) 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 (al. 1). Le droit de gage des organismes de recouvrement mentionnés aux articles L. 225-1 et L. 752-4 du code de la 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 même code (al. 2) ».

¹⁰ On comprend que ce critère général a vocation à être appliqué au moment où la qualification est faite et non une fois pour toutes, au moment de l'acquisition du bien.

propriétaire permet de les regarder comme professionnels (ce qui est le cas de l'argent), la question est en revanche pertinente. *Quid* par exemple des sommes conservées sur le lieu d'exercice professionnel ou sur un compte bancaire dédié et dont on démontrerait qu'elles ne proviennent pas de l'activité professionnelle ou qu'elles constituent des rémunérations (qu'il a le droit de prélever, v. *infra*) ? La réponse est incertaine.

24. Ce qui est certain en revanche, c'est que les biens qui ne sont pas mentionnés sur la liste réglementaire peuvent néanmoins être qualifiés de professionnels dès lors qu'ils sont utiles à l'activité puisque, introduite par l'adjectif « tels », la liste est sans discussion possible illustrative.

25. N'est pas non plus douteuse la charge de la preuve (ou le risque de la preuve) de l'affectation du bien. Il résulte de l'article L.526-22 du Code de commerce qu'il n'appartient pas aux créanciers de faire la preuve que les biens sur lesquels ils entendent exercer des poursuites relèvent du patrimoine sur lequel s'exerce leur droit de gage mais à l'entrepreneur de contester la saisie dont ils sont l'objet : « la charge de la preuve incombe à l'entrepreneur individuel pour toute contestation de mesures d'exécution forcée ou de mesures conservatoires qu'il élève concernant l'inclusion ou non de certains éléments d'actif dans le périmètre du droit de gage général du créancier »¹¹.

26. Sans qu'on sache très bien comment coordonner tout cela, il est posé par l'article R.526-26 du Code de commerce, pris dans son II, une curieuse présomption que le patrimoine professionnel comprend « au moins » les biens enregistrés dans les documents comptables professionnels de l'entrepreneur, mais « sous réserve » que ces documents « soient réguliers et sincères et donnent une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise »¹². Selon la même disposition et sous la même réserve, la rémunération tirée de l'activité professionnelle, dont on apprend au passage qu'elle est « comprise dans le patrimoine personnel de l'entrepreneur », est présumée être celle identifiée par les documents comptables.

27. Plusieurs questions se posent. Inévitablement.

28. Tout d'abord, il y a lieu de se demander comment traiter les biens à usage mixte ? S'agissant des immeubles, le Décret donne la réponse puisqu'il range dans les biens professionnels « les biens immeubles servant à l'activité, y compris la partie de la résidence principale de l'entrepreneur individuel utilisée pour un usage professionnel ». On comprend donc que l'immeuble à usage mixte relève pour partie du patrimoine personnel et pour partie du patrimoine professionnel. Dans le silence de la loi, l'application du même raisonnement aux biens meubles semble justifiée. Cela étant dit, on ne cachera pas ce que cette double nature des biens à usage mixte a d'original, voire de perturbant. Soit l'on considère qu'il y a deux quotes-parts de propriété du même bien figurant chacune dans un patrimoine distinct et alors l'entrepreneur est en quelque sorte en état d'indivision avec lui-même. Soit l'on considère que le bien figure intellectuellement dans chaque patrimoine mais que les créanciers, suivant leur catégorie, n'ont accès qu'à une partie de sa valeur et alors il

¹¹ Le texte poursuit : « Sans préjudice de l'article L. 121-2 du code des procédures civiles d'exécution, la responsabilité du créancier saisissant peut être recherchée pour abus de saisie lorsqu'il a procédé à une mesure d'exécution forcée ou à une mesure conservatoire sur un élément d'actif ne faisant manifestement pas partie de son gage général ».

¹² C. Com., art. R.526-26, II : « II.- 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 ».

faut expliquer que le même bien figure dans deux patrimoines différents. Dans tous les cas, un vrai casse-tête.

29. Ensuite se pose la difficulté de la qualification des revenus, qui sont par nature des biens « migrants » en ce sens qu'ils sont nés dans l'activité professionnelle mais qu'ils ont vocation à rejoindre, au moins pour partie, le patrimoine personnel. Ainsi qu'il a été rappelé, l'article R.526-26, II du Code de commerce indique expressément que « la rémunération tirée de l'activité professionnelle indépendante de l'entrepreneur » est « comprise dans le patrimoine personnel de l'entrepreneur ». Mais cela ne résout pas tout. A quel moment cette migration s'opère-t-elle ? Dit autrement, quand les fruits de l'activité professionnelle deviennent-ils la rémunération de l'entrepreneur ? Est-ce en fin d'exercice comptable ? Mais la comptabilité n'est pas toujours obligatoire et si elle peut faire présumer l'étendue de la rémunération (comme le prévoit le Décret), on ne voit pas qu'elle fixe définitivement la nature juridique des actifs qu'elle évoque. Par ailleurs, que faire tant que la déclaration annuelle n'est pas intervenue ? Il faut bien trancher. Faut-il alors retenir le moment de la perception des produits de l'activité professionnelle ? Peut-être. Mais comment déterminer à cet instant si le chiffre d'affaires réalisé mérite d'être regardé comme une « rémunération » ? D'un point de vue économique, c'est trop tôt. Et puis le Décret nous indique lui-même qu'entrent dans le patrimoine professionnel les sommes détenues sur les comptes bancaires dédiés à l'activité professionnelle, ce qui exclut qu'on puisse qualifier de rémunération les sommes reçues sur un tel compte. Faut-il alors se rabattre sur le moment où l'entrepreneur transporte les sommes sur un compte personnel ou bien effectue une grâce à elle une dépense personnelle ? Cela paraîtrait censé. Mais dans les faits, les choses ne se passeront pas toujours comme cela (on pense par exemple à l'entrepreneur qui n'a qu'un seul compte bancaire personnel et professionnel et qui ne ségrège donc pas les produits de son activité et sa rémunération) et surtout il n'est pas dit que les sommes ainsi éventuellement déplacées ou utilisées méritaient de l'être. Et telle est bien au fond la principale difficulté. Plutôt que de s'interroger sur le moment de la migration des produits de l'activité vers le patrimoine personnel, on devrait en réalité s'interroger sur l'étendue de la liberté de l'entrepreneur d'effectuer cette migration. Considère-t-on que l'entrepreneur est totalement libre de déterminer ce qu'il traite comme une « rémunération » de son activité (auquel cas il peut priver sans trop d'effort les créanciers « professionnels » d'une part de leur gage) ou bien considère-t-on que l'équilibre entre les intérêts des créanciers « professionnels » et personnels impose de limiter cette liberté (par exemple en décidant que l'entrepreneur ne peut se rémunérer avant d'avoir acquitté les dettes de l'entreprise) ? On rappellera que lorsque l'activité est exercée à travers une personne morale, le sort des produits de l'activité ne prête pas à discussion : ils appartiennent à la personne morale et non aux associés sauf le jeu du versement des salaires (lorsque l'associé est salarié) et/ou le jeu de la distribution des dividendes, laquelle n'est pas libre (art. L.232-11 C. Com). On reste confondu devant le constat qu'une question aussi fondamentale ait pu être à ce point négligée s'agissant de l'entrepreneur individuel.

C. Application dans le temps

30. Revenons à notre mur. Quand les effets de partition du patrimoine se font-ils sentir et quand cessent-ils ?

31. Derrière cette interrogation se cachent en réalité plusieurs difficultés bien différentes, qu'il importe de distinguer. D'abord, se pose la question classique de l'application dans le temps de la réforme aux créanciers antérieurs au 15 mai 2022. Ensuite, vient la question plus originale de l'application de la partition aux créanciers postérieurs à l'entrée en vigueur de la réforme, qui ne se pose que lorsque l'activité professionnelle débute après que leur créance soit née. Mais nous ne nous arrêterons pas là. Il faudra aussi, enfin, nous demander quand précisément le mur apparaît et quand il s'efface.

1) L'application dans le temps durant la phase transitoire

32. S'agissant de l'application de la réforme dans le temps (dans une perspective classique), les choses sont relativement simples.

33. L'article 19, I de la loi nous fournit deux informations : la loi (du moins ses principaux articles) entre en vigueur le 15 mai 2022 (trois mois après sa promulgation) et les articles créant la partition « s'appliquent aux créances nées après l'entrée en vigueur » de la loi.

34. Il faut donc considérer que la séparation des patrimoines ne concerne que les créances nées après le 15 mai 2022. Implicitement, cela signifie que le créancier titulaire d'une créance née avant cette date a pour gage général la totalité des biens du débiteur : il devrait donc pouvoir les saisir sans avoir à subir le mécanisme de partition ultérieurement advenu et ce, quelle que soit la date à laquelle le bien sur lequel il entend exercer ses poursuites a rejoint le patrimoine du débiteur.

2) L'application dans le temps en rythme de croisière

35. Une autre difficulté d'application dans le temps se pose. Pour la comprendre plaçons-nous cette fois après le 15 mai 2022. Si une créance naît après cette date, la réforme est applicable (cf ci-dessus). Pour autant, le créancier est-il soumis à la partition ? Oui, sans hésitation, si le débiteur exerce déjà à cette date une activité professionnelle qui déclenche cette partition. Mais *quid* si ce n'est pas le cas ? *Quid* si le débiteur n'entreprend d'activité professionnelle indépendante que plus tard ? Le créancier se retrouve-t-il placé dans la même situation que celle examinée il y a un instant ? Peut-il dire : au moment de la naissance de la créance, il n'existait qu'un seul patrimoine de telle sorte que je peux continuer à saisir tous les biens de mon débiteur ?

36. Cette position est défendable. On observera en ce sens que les textes qui cantonnent le droit de gage distinguent les créances « nées de l'exercice de l'activité professionnelle » de celles qui ne sont pas « nées » de cet exercice. Or, pour notre créancier, cela n'a tout simplement aucun sens : l'activité individuelle n'existait pas encore au moment de la naissance de son droit. On pourrait donc interpréter le texte en ce sens que les créanciers antérieurs à la date de partition des patrimoines ne sont pas concernés par celle-ci.

37. Mais la solution est loin d'être certaine. Elle n'est peut-être même pas la plus probable. En effet, l'article L.526-22 du Code de commerce, après avoir indiqué que les créanciers personnels n'ont d'action que sur les biens du patrimoine personnel, ajoute que « les sûretés réelles consenties par l'entrepreneur individuel avant le commencement de son activité ou de ses activités professionnelles indépendantes conservent leur effet, quelle que soit leur assiette ». ... Qu'est-ce à dire ? Cela signifie, positivement, que le créancier personnel qui a obtenu une sûreté réelle sur un bien conserve cette sûreté même si, par la suite, le débiteur débute une activité professionnelle indépendante et que le bien grevé est placé dans le patrimoine professionnel. Mais cela semble aussi signifier, par *a contrario*, que le créancier chirographaire, quant à lui, ne profite pas du même avantage et qu'il doit donc subir le cantonnement de son droit de gage aux biens du patrimoine personnel. Si le Législateur (que l'on supposera ici rationnel) avait en effet entendu viser tant les créanciers munis de sûretés que les créanciers chirographaires, il ne se serait pas contenté de viser « les sûretés réelles ». Contre cette interprétation *a contrario*, on objectera toutefois qu'elle conduirait à un résultat sévère pour les créanciers chirographaires personnels : ces créanciers verraient en effet l'assiette de leur droit de gage réduit, à compter du début de l'activité professionnelle indépendante, par migration d'une partie des actifs vers le patrimoine professionnel, sans avoir reçu aucune information ni bénéficié d'aucun droit d'opposition. A nouveau, rien d'équivalent n'existe dans la figure concurrente de la constitution d'une personne morale...

3) Le moment de l'apparition et de la disparition de la partition des patrimoines

38. L'article L. 526-23 du Code de commerce fixe la date d'apparition de la séparation des patrimoines. Bizarrement, il ne le fait qu'en visant le cantonnement du gage des créanciers « professionnels » alors qu'on se serait attendu à ce qu'il vise tous les créanciers dès lors que le cantonnement s'applique symétriquement aux créanciers « personnels ». Quoi qu'il en soit, on ne peut faire autrement que de généraliser la solution qu'il pose.

39. Le texte dispose : « La dérogation prévue au quatrième alinéa de l'article L. 526-22 », c'est-à-dire la dérogation au caractère pleinement général du gage des créanciers « professionnels », « ne s'applique qu'aux créances nées à compter de l'immatriculation au registre dont relève l'entrepreneur individuel pour son activité, lorsque celle-ci est prévue. Lorsqu'il relève de plusieurs registres, la dérogation prend effet à compter de la date d'immatriculation la plus ancienne ».

40. La règle de principe est donc que les patrimoines se trouvent séparés au jour où est réalisée, et non au jour où est demandée, l'immatriculation de l'entrepreneur au registre dont il dépend.

41. Cela dit, si, dans sa déclaration de début d'activité, l'entrepreneur indique une date antérieure, alors c'est la date déclarée qui est retenue. Le texte dispose en effet que « Lorsque la date d'immatriculation est postérieure à la date déclarée du début d'activité, la dérogation prend effet à compter de la date déclarée du début d'activité (...) ».

42. Par ailleurs, dans les cas où l'entrepreneur n'est soumis à aucune obligation d'immatriculation, il est prévu que la séparation des patrimoines s'opère « à compter du premier acte qu'il exerce en qualité d'entrepreneur individuel, cette qualité devant apparaître sur les documents et les correspondances à usage professionnel ». L'article R.526-27 *in fine* précise que : « la première utilisation de la dénomination [entrepreneur individuel ou EI] vaut date de début d'activité pour identifier le premier acte exercé en qualité d'entrepreneur individuel »¹³.

43. S'agissant à présent de la fin de la séparation des patrimoines et si on laisse de côté l'hypothèse d'une transmission universelle du patrimoine à un tiers, elle se produit dans deux cas, visés à l'article L.526-22 : en cas de cessation de toute activité et en cas de décès. Le texte dispose : « dans le cas où un entrepreneur individuel cesse toute activité professionnelle indépendante, le patrimoine professionnel et le patrimoine personnel sont réunis. 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 présent code ».

44. On observera que ce retour à l'unité du patrimoine n'est pas précédé d'un mécanisme d'apurement du passif ou d'opposition des créanciers. Il n'est même précédé d'aucune information ni d'aucun sursis d'application. Il se produit donc automatiquement et implacablement au moment où survient l'un des deux événements évoqués. Dit autrement, au décès de l'entrepreneur ou au moment de la cessation d'activité, tous les éléments d'actifs redeviennent le gage de tous les créanciers, sans procédure ni protection particulière. Ceci est étonnant si l'on compare avec les cas voisins, ne serait-ce que celui de la transmission universelle du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel à un tiers, pour lequel un droit d'opposition des créanciers est logiquement prévu.

¹³ Le législateur a par ailleurs rendu obligatoire cette mention et a assorti l'obligation d'une sanction pénale.

II. L'affectation des biens d'un patrimoine à la garantie des dettes relevant de l'autre patrimoine de l'entrepreneur individuel : les ponts

45. Les textes nouveaux désignent deux moyens d'enjamber le mur entre les patrimoines : le créancier peut obtenir la renonciation générale à la séparation des patrimoines (A) ou une sûreté ponctuelle sur un bien de l'autre patrimoine (B).

A. Renonciation à la séparation des patrimoines

46. La « renonciation » à la séparation des patrimoines est l'acte par lequel l'entrepreneur individuel consent à ce qu'un créancier obtienne un droit de gage pleinement général, entendu comme le droit de gage ayant pour assiette tant les biens du patrimoine personnel que ceux du patrimoine professionnel. Une telle renonciation est une forme nouvelle de sûreté ou du moins de « garantie »¹⁴. Elle est surtout un énorme caillou dans le jardin de la protection de l'entrepreneur. Mais il était difficile de s'en passer puisque, sans cette béance dans le mur entre les patrimoines, le régime de l'entreprise individuelle eût été totalement délaissé, les créanciers « professionnels » n'ayant aucune raison de continuer à prêter aux entrepreneurs individuels aux mêmes conditions alors que leur niveau de « garantie » baisse mécaniquement par l'effet du cantonnement du droit de gage sur l'un seulement des patrimoines. Le Législateur a donc dû faire avec, se contentant de porter la bataille sur le terrain des conditions de la renonciation. A travers elles, il exclut toute renonciation générale ou définitive et impose un formalisme lourd.

47. Avant d'énumérer ces conditions, il faut faire remarquer que la renonciation à la séparation des patrimoines est désigné par l'article L.526-25 du Code de commerce sous l'appellation de renonciation « à la dérogation prévue au quatrième alinéa de l'article L.526-22 ». Or l'alinéa auquel il est ainsi fait référence ne traite pas de la séparation des patrimoines en général, mais uniquement de la réduction de l'assiette du droit de gage des créanciers « professionnels » sur le patrimoine professionnel. Il faut donc se résoudre à admettre que seuls les créanciers « professionnels » peuvent profiter, par le jeu d'une renonciation de leur débiteur, d'un droit de gage pleinement général. Ce défaut de symétrie est évidemment curieux. A vrai dire, il est incompréhensible, spécialement au regard de l'objectif affiché par le Législateur de protéger... le patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel.

48. Mais venons-en aux conditions posées pour qu'une renonciation à la séparation des patrimoines ait lieu en faveur d'un créancier « professionnel ». Aux termes de l'article L.526-25 du Code de commerce il faut : (i) une demande préalable écrite émanant du créancier, (ii) laquelle ne peut concerner qu'une dette en particulier (un « engagement spécifique »), (iii) dont le terme et le montant (qui doit être au moins déterminable) doivent être rappelés, (iv) une réponse favorable du débiteur respectant les règles prescrites par décret. Il est également exigé (v) le respect d'un délai de réflexion de 7 jours courant à compter de la réception de la demande de renonciation, éventuellement raccourci à 3 jours si l'entrepreneur appose une certaine formule fixée par Décret. C'est l'article D.526-28 du Code de commerce qui apporte les précisions nécessaires¹⁵. On retiendra qu'il exige (i) à peine de nullité, des mentions permettant d'identifier l'entrepreneur individuel et le bénéficiaire de la renonciation, (ii) à peine de nullité encore, des mentions permettant d'identifier la dette pour laquelle la renonciation intervient, (iii) que le créancier informe l'entrepreneur des conséquences de la renonciation, (iv) si les parties entendent que le délai de réflexion soit raccourci, l'apposition manuscrite de la formule suivante : « Je déclare par la présente renoncer au bénéfice du délai de réflexion de 7 jours francs, fixé conformément aux dispositions

¹⁴ L'article 20 de la loi la vise d'ailleurs sous cette dénomination.

¹⁵ Ce texte est issu d'un décret n°2022-799 du 12 mai 2022.

de l'article L.526-25 du code de commerce. En conséquence, ledit délai est réduit à trois jours francs », (v) à peine de nullité, que l'acte soit signé des deux parties et qu'il soit fait mention du lieu et de la date¹⁶.

49. Les effets de la renonciation n'appellent pas de longs commentaires : le créancier bénéficiaire peut saisir tous les biens de l'entrepreneur : les biens personnels et les biens professionnels. Tout au plus faut-il signaler que l'article 161-1 du code des procédures civiles d'exécution offre à l'entrepreneur le droit de contraindre le créancier à saisir en priorité les biens professionnels s'il démontre que ces biens suffisent à l'apurement de la dette : « L'entrepreneur individuel qui a renoncé au bénéfice des dispositions du quatrième alinéa du même article L. 526-22 dans les conditions prévues à l'article L. 526-25 du même code 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 ».

B. Sûretés

50. L'entrepreneur individuel à deux patrimoines peut-il consentir des sûretés ayant pour effet d'affecter des biens de l'un de ses patrimoines à la garantie des dettes relevant de l'autre patrimoine ?

51. On ne voit pas, au premier abord, pourquoi il ne le pourrait pas. Il en va du crédit qu'il peut obtenir et toute limitation sur ce point n'est qu'une atteinte à sa liberté de propriétaire et à sa liberté de s'obliger et donc de contracter. Ce sont pourtant de telles limitations qu'institue la loi, pour sauver le dispositif qu'elle introduit : la prolifération des sûretés « auto-consenties » minerait par trop la protection que le Législateur entend accorder à l'entrepreneur individuel.

52. Même si la loi ne procède pas explicitement de la sorte, il convient de distinguer les sûretés personnelles des sûretés réelles.

1) Sûretés personnelles

53. La loi n'a pas voulu que l'entrepreneur individuel puisse se cautionner lui-même c'est-à-dire qu'il puisse conférer par cautionnement un droit de gage général supplémentaire sur l'un de ses patrimoines à une personne qui disposerait déjà en sa qualité de créancier d'un droit de gage sur l'autre patrimoine.

54. L'article L.526-22, pris dans son alinéa 3, dispose : « La distinction des patrimoines personnel et professionnel de l'entrepreneur individuel ne l'autorise pas à se porter caution en garantie d'une dette dont il est débiteur principal »¹⁷.

55. Cette interdiction ne devrait pas soulever trop de difficultés pratiques. Il existe en effet un moyen de parvenir à un résultat tout à fait comparable (sinon identique) : c'est la renonciation à la

¹⁶ S'agissant de la signature, le texte précise « qu'il peut être fait usage d'une signature électronique qualifiée répondant aux exigences du décret n°2017-1416 du 28 septembre 2017 relatif à la signature électronique ». A vrai dire, le fait que le recours à tel niveau de signature (le plus élevé) soit possible ne surprend pas. Le Règlement européen « EIDAS » n°910/2014 du 23 juillet 2014 impose cette solution. Aussi peut-on se demander si la formule n'a pas été adoptée pour contraindre les parties qui souhaiteraient utiliser une signature électronique à recourir à une signature « qualifiée » et à elle seule...

¹⁷ On observera que cette disposition est bilatérale en cela qu'elle s'applique aussi bien aux cautionnements qui seraient destinés à garantir des dettes personnelles qu'à ceux qui seraient destinés à garantir des dettes professionnelles

séparation de patrimoines en faveur d'un créancier « professionnel »¹⁸. Et l'on comprend que le Législateur, qui a mis tant de soin à encadrer cette renonciation, n'ait pas souhaité qu'un simple cautionnement, soumis aux règles de droit commun, permette de contourner la procédure légale. En un sens, on pourrait même aller jusqu'à dire que la prohibition de l'auto-cautionnement n'est qu'un moyen d'obliger les parties à passer par le canal exclusif de la renonciation à la séparation de patrimoines.

56. La loi fait en revanche l'impasse sur les autres sûretés personnelles : lettre d'intention, garantie autonome. Doit-on raisonner pour elles *a pari* (voire *a fortiori* pour ce qui est de la garantie autonome) ou bien doit-on raisonner *a contrario* ? Il nous semble qu'il faut raisonner *a pari* et considérer que de telles sûretés sont également interdites. On ne voit pas pour quelle raison l'auto-cautionnement serait « interdit » alors que les sûretés voisines resteraient permises puisque les effets sont, au bout du compte, les mêmes. A cela s'ajoute un argument que l'on peut qualifier de « technique ». En raison même de l'érection du mur entre les patrimoines, il faut, pour que le patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel puisse servir de gage au paiement d'une obligation qu'il souscrit, que la dette en question soit « personnelle » (au sens de : non-professionnelle). Aussi, pour que l'entrepreneur parvienne à conférer un droit de gage à un créancier « professionnel » sur ses biens personnels, il faudrait que l'obligation qu'il contracte soit « personnelle ». Or on peut douter qu'une lettre d'intention ou qu'une garantie autonome données en garantie d'une dette professionnelle fassent naître des obligations « personnelles ». N'oublions pas en effet que le fait qu'une dette soit née « à l'occasion de l'exercice de [l'] activité professionnelle » indépendante lui donne nécessairement la nature d'une dette professionnelle (C. com., art. L. 526-22). Il suffirait donc de constater que les engagements ici en cause sont nés à l'occasion de l'activité professionnelle indépendante (ce qui est objectivement le cas) pour conclure que ce sont en réalité des dettes professionnelles insusceptibles de conférer un droit de gage sur les biens personnels. Bref, il existerait une sorte d'impossibilité logique à ce que l'entrepreneur individuel souscrive un engagement (lettre d'intention, garantie autonome, etc.) à l'occasion de son activité professionnelle tout en prétendant engager par-là ses biens personnels.

2) Sûretés réelles

57. Ce qui vaut pour les sûretés personnelles ne vaut pas pour les sûretés réelles. Pour elles, l'argument logique qui vient d'être évoqué ne s'applique notamment pas. En outre, la renonciation à la séparation des patrimoines, qui peut apparaître comme l'équivalent fonctionnel des sûretés personnelles (cf *supra*), ne saurait avoir cette fonction pour les sûretés réelles. Interdire totalement la constitution de sûretés réelles aurait par conséquent été excessif.

58. L'article L.526-22 du code de commerce, pris dans son alinéa 4, permet de fait la constitution de sûretés réelles conventionnelles sur le patrimoine personnel pour la garantie de dettes professionnelles : « l'entrepreneur individuel n'est tenu de remplir son engagement à l'égard de ses créanciers dont les droits sont nés à l'occasion de son exercice professionnel que sur son seul patrimoine professionnel, sauf sûretés conventionnelles (...) ».

59. Le texte appelle plusieurs remarques.

¹⁸ Il a été dit que cette renonciation ne peut intervenir qu'en faveur d'un créancier *professionnel*. Aussi l'interdiction du cautionnement (quant à elle bilatérale) continuera de faire problème pour la garantie des dettes personnelles : l'entrepreneur ne pourra recourir ni à l'auto-cautionnement ni à la renonciation à la séparation de patrimoine.

60. Tout d'abord, on constate que la règle n'est posée que pour les seuls créanciers « professionnels ». Rien n'est dit de la possibilité pour les créanciers personnels d'obtenir une sûreté réelle sur les biens professionnels. Une fois de plus, ce défaut de symétrie est curieux...

61. Ensuite et pour revenir aux sûretés réelles consenties à un créancier « professionnel » sur un bien du patrimoine personnel, on constate que le texte n'autorise que les sûretés « conventionnelles ». Il y a là une restriction implicite, mais elle ne paraît pas gênante. S'agissant des sûretés légales, il sera toujours possible à la loi de prévoir qu'elles grèveront un bien du patrimoine personnel. S'agissant des sûretés judiciaires, il n'y a pas de raison que le juge puisse en constituer une au profit d'un créancier « professionnel » sur un bien du patrimoine personnel.

62. Ensuite encore, on fera remarquer que la constitution de sûretés réelles sur le patrimoine personnel au profit de créanciers « professionnels » n'est soumise à aucune limite quantitative. Aussi ces créanciers pourront-ils pouvoir obtenir une protection à certains égards supérieure à celle conférée par une renonciation au à la séparation des patrimoines¹⁹, sans le formalisme attaché à cette dernière mesure (sur lequel, v. *supra*), au seul prix d'une multiplication de sûretés réelles portant sur les actifs les plus intéressants.

63. Enfin, on s'interrogera sur le point de savoir si les sûretés réelles consenties par l'entrepreneur individuel sur les biens composant son patrimoine personnel sont justiciables des dispositions du Code civil relatives aux sûretés réelles constituées en garantie de la dette d'autrui. On sait que l'ordonnance de réforme du droit des sûretés de 2021 a entendu que plusieurs dispositions protectrices de la caution personnelle soit appliquées au constituant d'une sûreté réelle pour autrui (v. C.civ., art. 2325). Profitent-elles à l'entrepreneur individuel ? On peut vouloir répondre non, au motif que l'entrepreneur ne consent pas la sûreté pour autrui : il a, d'un point de vue juridique, la double qualité de constituant et de débiteur. Mais cela ne suffit pas en réalité. Car il faut bien prendre en compte le fait qu'il intervient à deux titres différents : une fois comme débiteur (sur son patrimoine professionnel) et une autre fois comme garant (sur son patrimoine personnel). La moins mauvaise des solutions n'est-elle pas, dès lors, de le traiter comme le constituant d'une sûreté pour autrui ? Au passage, n'est-ce pas aussi comme cela qu'il conviendrait de raisonner lorsque la question des recours entre patrimoines se posera : si un bien du patrimoine « personnel » est grevé de sûreté, saisi puis vendu pour apurer une dette professionnelle, l'entrepreneur ne devrait-il pas disposer d'une sorte de recours sur ses biens professionnels afin que la charge définitive de la dette professionnelle ne soit supportée que par le patrimoine professionnel. Cela paraîtrait logique... Par où l'on voit en définitive, que la théorie classique du patrimoine n'a été chassée par la loi de du 14 février 2022 que pour mieux nous hanter : on ne peut se débarrasser si facilement de cette idée qu'à un toute personne correspond un patrimoine et qu'à tout patrimoine correspond une personne...

Le 30 novembre 2022

¹⁹ Supérieure en ce sens que le créancier bénéficiaire d'une sûreté réelle est dans une position plus avantageuse, relativement au bien grevé, que celle dans laquelle se trouve le créancier bénéficiaire d'un renonciation à la séparation de patrimoines, lequel n'est qu'un créancier chirographaire.