

THÈSE

Pour l'obtention du grade de
DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE POITIERS
UFR de droit et sciences sociales
Équipe de Recherche en Droit privé (Poitiers)
(Diplôme National - Arrêté du 7 août 2006)

École doctorale : Droit et science politique - Pierre Couvrat (Poitiers)
Secteur de recherche : Droit

Cotutelle : Université de Saint-Louis (Sénégal)

Présentée par :
Abdoulaye Diallo

Protection de l'entrepreneur individuel et droits des créanciers : étude comparée droit français-droit de l'OHADA

Directeur(s) de Thèse :
Pascal Rubellin, Amadou Tidiane Ndiaye

Soutenue le 16 décembre 2014 devant le jury

Jury :

Président	Philippe Roussel Galle	Professeur - Université Paris 5 René Descartes
Rapporteur	Philippe Roussel Galle	Professeur - Université Paris 5 René Descartes
Rapporteur	Blandine Rolland	Maître de conférences HDR - Université Jean Moulin Lyon 3
Membre	Pascal Rubellin	Maitre de conférences HDR - Université de Poitiers
Membre	Amadou Tidiane Ndiaye	Professeur - Université Gaston Berger de Saint-Louis (Sénégal)

Pour citer cette thèse :

Abdoulaye Diallo. *Protection de l'entrepreneur individuel et droits des créanciers : étude comparée droit français-droit de l'OHADA* [En ligne]. Thèse Droit. Poitiers : Université de Poitiers, 2014. Disponible sur Internet <<http://theses.univ-poitiers.fr>>

UNIVERSITE DE POITIERS

FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES
SOCIALES



UNIVERSITE GASTON BERGER

UFR DES SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES



PROTECTION DE L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL ET DROITS DES CREANCIERS

ETUDE COMPAREE DROIT FRANÇAIS-DROIT DE L'OHADA

Thèse pour le doctorat/Ph. D. en droit
présentée et soutenue publiquement le 16 décembre 2014
par

Abdoulaye DIALLO

DIRECTEURS DE RECHERCHE

Pascal RUBELLIN

Maitre de conférences HDR à l'Université de Poitiers

Amadou Tidiane NDIAYE

Professeur à l'Université Gaston Berger de Saint-Louis

SUFFRAGANTS

Philippe ROUSSEL-GALLE (rapporteur)

Professeur à l'Université de Paris V

Blandine ROLLAND (rapporteur)

Maitre de conférences HDR à l'Université de Lyon III

Résumé en français

Au regard du principe de l'unité du patrimoine, l'entrepreneur individuel engage tout son patrimoine. En cas de survenance de difficultés, ses créanciers pourront saisir ses biens professionnels et ses biens personnels. Cette responsabilité illimitée de l'entrepreneur individuel peut avoir des conséquences redoutables, notamment lorsqu'il est marié ou pacsé ou vivant en concubinage.

Cette fragilité de l'entrepreneur individuel a poussé le législateur, aussi bien en droit français qu'en droit de l'OHADA, à créer des mécanismes lui permettant de mettre son patrimoine personnel à l'abri de la poursuite de ses créanciers professionnels. Ainsi, en dehors de toute affectation sociétaire, l'entrepreneur individuel peut, désormais, en droit français, soustraire ses biens personnels du droit de gage de ses créanciers professionnels, par le biais de la déclaration notariée d'insaisissabilité ou par le recours au statut de l'EIRL. Également, par le jeu des régimes matrimoniaux ou de la technique de la fiducie, il peut limiter les droits de ses créanciers.

Cependant, l'efficacité des mécanismes de protection de l'entrepreneur individuel n'est pas absolue. En effet, elle est souvent remise en cause par les créanciers antérieurs, et même par l'entrepreneur individuel qui peut y renoncer, parfois dans le but d'obtenir du crédit. En outre, lorsque l'entrepreneur individuel est soumis à une procédure collective, l'efficacité des mécanismes de protection n'est que relative. Le cloisonnement des patrimoines recherché ou la soustraction de certains biens personnels du gage des créanciers est remis en cause. Dès lors, la protection qu'offrent ces mécanismes n'est que illusoire, d'où la nécessité de renforcer leur efficacité. A défaut de mécanismes de protection efficaces, l'entrepreneur individuel peut recourir aux différentes procédures de prévention comme alternative aux mécanismes de protection.

Mots-clés en français

Créanciers - Patrimoine fiduciaire - Procédures collectives - Droit de gage des créanciers - Régimes matrimoniaux - Entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) - Procédures de surendettement - entrepreneur individuel - Transfert fiduciaire de sommes d'argent - Patrimoine d'affectation - Déclaration notariée d'insaisissabilité (DNI) - Fiducie.

PROTECTION OF THE INDIVIDUAL ENTREPRENEUR AND CREDITORS' RIGHTS : A COMPARATIVE STUDY OF THE FRENCH AND OHADA LEGISLATIONS

Abstract

With regard to the principle of the system of assets, the individual entrepreneur take on all his assets. In case problems occur, his creditors could seize his personal properties and business assets. This unlimited liability of the individual entrepreneur might have serious consequences, especially when he is married, in a civil partnership or in concubinage.

The individual entrepreneur's fragility has encouraged the legislature, in the French as well as in the OHADA law, to create mechanisms that would give him the opportunity to put his personal assets immune from the judicial proceedings of his professional creditors. Thus, apart from any associate's appropriation, the individual entrepreneur is now able, under the French law, to keep his personal assets out of his professional creditors' right of forfeit, through the notarized statement from seizure or the option of the EIRL. Equally, through the matrimonial systems or the technique of the trust, he may limit the rights of his creditors.

However, the effectiveness of the mechanisms of protection of the individual entrepreneur is not absolute. Indeed, it is often put into question by former creditors, and even the individual entrepreneur who sometimes may renounce to it in order to get credit. Moreover, when the individual entrepreneur is subjected to a collective proceeding, the effectiveness of the protection is only but relative. The partition of expected assets or the exemption of certain personal belongings from the creditors' forfeit is questioned. Therefore, the protection offered by these mechanisms is only but fallacious, hence the need to strengthen their effectiveness. In the absence of effective mechanisms of protection, the individual entrepreneur may resort to the different procedures of prevention as an alternative to the mechanisms of protection.

Keywords

Creditor - Trust patrimony - Collective insolvency proceedings - Lienholder rights - Common goods - Matrimonial systems - Individual Entrepreneur with Limited Liability (EIRL) - Over-indebtedness procedures - Individual entrepreneur - Fiduciary transfer of amounts of money - Special purpose assets - Notarized declaration of non-seizability - Trust .

L'université de Poitiers n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A ma famille

Remerciements :

J'adresse mes sincères remerciements à mes directeurs de recherche M Pascal Rubellin et le Professeur Amadou Tidiane Ndiaye pour leurs encouragements bienveillants, pour les échanges nombreux et souvent très libres qui m'ont guidée pendant ce long chemin.

Je remercie également le Professeur Philippe Roussel-Galle et Mme Blandine Rolland qui ont eu la bienveillance d'accepter de participer à ce jury et de nourrir mes réflexions par leurs observations.

Mes pensées vont aussi à tous mes amis et collègues de l'ERDP, en remerciement des très belles années passées parmi eux.

SOMMAIRE

LISTE DES ABREVIATIONS	11
INTRODUCTION	15
PARTIE I. LA PROTECTION DE L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL AU REGARD DES DROITS DES CREANCIERS	28
TITRE I. LES FONDEMENTS DE L'UTILITE DE LA PROTECTION DE L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL A L'EGARD DES CREANCIERS	30
Chapitre I. La détermination du droit de gage général des créanciers	32
Chapitre II. La mise en œuvre du droit de gage général des créanciers.....	54
TITRE II. L'EFFECTIVITE DE LA PROTECTION DE L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL A L'EGARD DES CREANCIERS	95
Chapitre I. La protection de l'entrepreneur individuel par la soustraction de certains biens au gage des créanciers	98
Chapitre II. La protection de l'entrepreneur individuel par l'affectation de certains biens au gage des créanciers.....	128
PARTIE II. L'EFFICACITE DE LA PROTECTION DE L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL AU REGARD DES DROITS DES CREANCIERS	157
TITRE I. L'EFFICACITE DE LA PROTECTION PAR LA LIMITATION DES DROITS DES CREANCIERS DE L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL IN BONIS	159
Chapitre I. La limitation des droits des créanciers par les mécanismes de protection de l'entrepreneur individuel	161
Chapitre II. L'efficacité de la limitation des droits des créanciers par les mécanismes de protection	186
TITRE II. L'EFFICACITE DE LA PROTECTION PAR LA LIMITATION DES DROITS DES CREANCIERS DE L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL EN DIFFICULTE	209
Chapitre I. L'efficacité recherchée	211
Chapitre II. L'efficacité relative des mécanismes de protection en cas de difficultés de l'entrepreneur individuel	246
CONCLUSION GENERALE	289
BIBLIOGRAPHIE	292
INDEX	310
TABLE DES MATIERES	313

LISTE DES ABREVIATIONS

Aff.	Affaire
AJ Fam.	Actualité juridique famille
AJDI	Actualité juridique du droit immobilier
AUVE	Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement des créances et des voies d'exécution
AUS	Acte uniforme portant organisation des sûretés
AUPC	Acte uniforme portant organisation des procédures collectives
AUDCG	Acte uniforme sur le droit commercial général
BACALy	Bulletin des arrêts de la Cour d'appel de Lyon
bibl. dr. priv.	Bibliothèque de droit privé
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre civile)
Bull. Joly Ent. Diff.	Bulletin Joly entreprise en difficulté
Bodacc	Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales
C. ass.	Code des assurances
C. assur.	Code des assurances
C. cass.	Cour de cassation
C. civ.	Code civil.
C. com. (cam.)	Code de commerce (camerounais)
C. consomm.	Code de la consommation
C. obl. sen.	Code des obligations du Sénégal
C. proc. civ.	Code de procédure civile
CCH	Code de la construction et de l'habitat
CDE	Cahiers de droit de l'entreprise
CFS	Code de la famille du Sénégal
CPCB	Code de procédure civile burkinabé
CPCC	Code de procédure civile camerounais
CPCE	Code des procédures civiles d'exécution
CPFC	Code de procédure civile français
CPCG	Code de procédure civile gabonais
CPCI	Code de procédure civile ivoirien
CPCS	Code de procédure civile sénégalais
C. prop. intell.	Code de propriété intellectuelle
Cass. civ.	Cassation chambre civile
Cass. com	Cassation chambre commerciale
Cass. Réq.	Cassation chambre des requêtes
CCJA	Cour commune de justice et d'arbitrage
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
Coll.	Collection

concl.	Conclusion
CPCF	Code de procédure civile français
D.	Dalloz
Décr.	Décret
Dic. dr. priv.	Dictionnaire du droit privé
Dr. et pat.	Revue droit et patrimoine
Dr. fam.	Revue droit de la famille
éd.	Edition
EIRL	EIRL
EPRL	Entreprise personnelle à responsabilité limitée
Gaz. Pal.	Gazette du palais
GD-CCJA	Grandes décisions de la CCJA
INSEE	Institut national de la statistique et des études économiques
J.-Cl.	Juris-Classeur
JCP (éd. E, éd. G, éd. N)	Juris-Classeur Périodique
JORF	Journal officiel de la République française
Journ. Faill.	Journal de la faillite
Jur.	Jurisprudence
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Mél.	Mélanges
n°	Numéro
NEA	Nouvelles éditions africaines
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
op. cit.	Opere citato
Ord.	Ordonnance
p.	page
LPA	Les petites affiches
préc.	Précité
PUF	Presses universitaires françaises
Rapp.	Rapport
RD banc.	Revue de droit bancaire
RDC	Revue des contrats
Réf.	Référence
Rép. dr. civ.	Répertoire de droit civil
Rev. cam. arb.	Revue camerounaise de l'arbitrage
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
RGAT	Revue général des assurances terrestres

RJC	Revue de jurisprudence commerciale
RJPF	Revue juridique personne et famille
RLDA	Revue Lamy droit des affaires
RLDC	Revue Lamy de droit civil
RTD civ.	Revue trimestriel de droit civil
RTD com.	Revue trimestriel de droit commercial
s.	suivant
Somm.	Sommaire
Spéc.	Spécial
t.	Tome
T. OHADA	Traité de l'OHADA
TRHC	Tribunal régional hors classe de Dakar
UEMOA	Union économique et monétaire ouest africaine
v.	voir

INTRODUCTION

1. L'entreprise individuelle est aujourd'hui au cœur de l'activité économique dans tous les pays. Elle constitue une structure fondamentale de l'activité traditionnelle, notamment au regard de « la nature des activités qu'elle enveloppe »¹. Cependant, l'entreprise individuelle, à laquelle se réfère souvent le législateur, est une notion *sui generis*² difficile à cerner³. La difficulté vient de l'impossibilité de définir juridiquement la notion même d'entreprise.⁴ En effet, Selon le professeur Lebel, « il est délicat d'affirmer qu'il existe jusqu'à présent une notion juridique d'entreprise »⁵. Sur le plan économique, la notion d'entreprise constitue avant tout est une réalité économique. A cet effet, selon la théorie économique, elle se définit comme « une entité économique organisée dans laquelle se combine divers facteurs humains et matériels en vue de produire et de vendre sur un marché des biens ou des services en réalisant du profit ». Ainsi, elle regroupe de façon générale toutes les sociétés commerciales et civiles. Toutefois, la notion d'entreprise ne se confond pas avec celle de société car cette dernière n'est que le support juridique de l'activité exercée au sein de l'entreprise. Dès lors, à défaut d'une définition juridique de la notion d'entreprise, les critères permettant de la caractériser peuvent être appréciés sous deux angles. D'une part, l'entreprise renvoie à l'exercice d'une activité de nature économique et, d'autre part, à l'affectation de moyens matériels et humains pour l'exercice de cette activité.

2. Elles jouent un rôle fondamental dans la vie économique en ce sens qu'elles constituent une source principale de création d'emploi et un instrument incontournable du progrès économique et technique dans toute société. Cependant, la notion d'entreprise n'a pas fait l'objet d'une définition satisfaisante sur le plan juridique⁶. Cette lacune, selon certains auteurs, provient du fait que, en première approche, dans une conception courante, l'entreprise se confond généralement avec la

¹ V. à cet effet, G. Chabot, De l'évolution du droit de l'entreprise individuelle, JCP E, n° 32, 2002, p. 1202 et s.

² L'INSEE propose une définition de l'entreprise individuelle selon laquelle il s'agit d' « une entreprise qui est la propriété exclusive d'une personne physique. L'entrepreneur exerce son activité sans avoir créé de personne juridique distincte. Les différentes formes d'entreprises individuelles sont : commerçant, artisan, profession libérale, agriculteur ».

³ V. à cet effet, F. Terré, Les nouvelles formes de l'entreprise », Gaz. pal. 19 mai 2011, p. 7, I5643.

⁴ Sur la notion d'entreprise, v. F. Terré, « Les nouvelles formes de l'entreprise », op. cit., p. 7; M. Despax, L'entreprise et le droit, LGDJ, 1957, nos 243 et s. ; B. Mercadal, La notion d'entreprise, Mél. J. Derrupé, Litec-Joly, 1991, p. 9

⁵ C. Lebel, L'entreprise individuelle, Lamy, 2011, p. 14.

⁶ Pourtant, la doctrine a essayé de donner une définition juridique à la notion d'entreprise. En effet, les écoles rennais et toulousaine ont tenté de donner à l'entreprise une définition juridique. À cet effet, l'entreprise est définie comme une organisation, « une cellule économique qui regroupe des facteurs humains et matériels organisés en vue de la production et de l'échange des biens et des services ». V. à cet effet, M. Despax, L'entreprise et le droit, LGDJ, 1957, nos 243 et s. ; J. Derrupé, L'entreprise entre le patrimoine et la personne, in Mél. dédiés au président Michel Despax, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 56.

personne de l'entrepreneur, que ce dernier soit une personne physique qui crée une personne morale constituée en société ou une entreprise individuelle⁷.

Toutefois, cette absence de définition d'un cadre juridique satisfaisant n'a pas empêché le législateur de s'intéresser à celle-ci. Depuis plusieurs années, ce dernier n'est pas resté insensible à l'entreprise, notamment à l'entreprise individuelle⁸ afin d'en faire un levier de l'activité économique. Cependant, l'entreprise individuelle n'est apparue que progressivement en droit français, contrairement à la notion de fonds de commerce⁹.

3. Mais, le fonds de commerce était inconnu du Code commerce de 1807, ce n'est que progressivement qu'il est apparu à la suite d'une évolution à la fois coutumière, jurisprudentielle et législative. Née d'une approche commerciale, l'existence du fond a transcendé au fil de son évolution l'entreprise commerciale¹⁰ pour atteindre l'entreprise artisanale, puis agricole avant d'être consacré pour les activités libérales¹¹. Ainsi, comme l'a souligné M. Chabot, « le fonds s'érige en véritable paradigme de l'entreprise individuelle, quelle que soit la nature de l'activité économique concernée ».¹²

4. L'entreprise individuelle, dans sa dimension actuelle, est vue de nos jours comme un instrument de développement d'activités économiques à petite échelle. En effet, elle constitue souvent le réceptacle d'activités économiques embryonnaires dont la finalité est, parfois, « suivant des formalités simplifiées et dans la perspective future et purement éventuelle de la création d'une véritable entreprise durable et pérenne »¹³. Le législateur, aussi bien en droit français qu'en droit de l'OHADA, appréhende l'entreprise individuelle comme un vecteur de développement de l'activité économique. La multiplication, en droit français, des mesures visant à inciter la création d'entreprises individuelles pour le renforcement du tissu économique s'est traduite par la mise en place d'une

⁷ F. Terré a souligné les problèmes soulevés par la difficulté de saisir la notion d'entreprise, prise entre l'acte, l'action et l'esprit qui l'anime, F. Terré, *Les nouvelles formes de l'entreprise*, op. cit., p. 7, et s.

⁸ V. aussi, L. n° 94-126, 11 févr. 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle : JCP N 1994, III, 66681

⁹ V. G. Chabot, *De l'évolution du droit de l'entreprise individuelle*, op. cit., n° 8 et s.

¹⁰ L. Chatain-Autajon, *La notion de fonds en droit privé*, préf. P. Mousseron : Litec, 2006, cité par G. Chabot, *Sources du droit de l'entreprise individuelle*, op. cit., n° 28 et s..

¹¹ Malgré l'incertitude à laquelle est soumise l'entreprise individuelle sur le plan juridique, la notion de fonds connue en matière commerciale à ses débuts, a été introduite successivement par le législateur dans le monde artisanal et dans le milieu agricole. La reconnaissance de l'existence de fonds pour les entreprises libérales a, en revanche, été l'œuvre de la jurisprudence qui est venue consacrer pour toutes les activités libérales la notion de fonds. V. à cet effet, G. Chabot, *Sources du droit de l'entreprise individuelle*, op. cit., n° 28 et s. ; G. Chabot, *De l'évolution du droit de l'entreprise individuelle*, op. cit., n° 7 et s.

¹² G. Chabot, *Sources du droit de l'entreprise individuelle*, op. cit., n° 28 ; v aussi, N. Molfessis, *Entreprise et patrimoine : Évolution ou révolution ?* Gaz. pal., 19 mai 2011 n° 139, p. 63 et s., n° 6.

¹³ G. Chabot, *Sources du droit de l'entreprise individuelle*, op. cit., n° 3.

politique de protection de l'entrepreneur individuel visant à limiter les risques de son activité professionnelle. L'exemple de l'auto-entrepreneur en droit français et celui de l'entrepreneur en droit de l'OHADA sont illustratifs de cette volonté du législateur de réglementer l'activité individuelle.

A cet effet, l'intérêt accordé à l'entreprise individuelle reposait essentiellement sur deux objectifs principaux à savoir d'une part la pérennisation de l'entreprise et d'autre part la protection de l'entrepreneur individuel des aléas de son activité professionnelle. L'évolution spectaculaire qu'a connu l'entreprise individuelle en France s'est traduite d'abord dans un premier temps par une politique liée au développement des activités exercées sous la forme de l'entreprise individuelle¹⁴. Le législateur français est, à cet effet, intervenu à plusieurs reprises afin d'améliorer « le régime juridique de l'entreprise individuelle »¹⁵ en favorisant la création de celle-ci et en mettant en place des mécanismes permettant d'assurer « la pérennité des structures existantes »¹⁶ par l'adoption des mesures destinées à simplifier l'exercice d'une activité professionnelle sous le statut d'entrepreneur individuel¹⁷.

5. Cependant, l'étape la plus remarquable dans l'évolution de l'entreprise individuelle en droit français est relative à la volonté manifestée des pouvoirs publics de mettre en place des règles permettant d'assurer la protection de l'entrepreneur individuel au regard des risques économiques auxquels il est inévitablement soumis. La protection de l'entrepreneur individuel est devenue, dès lors, une nécessité, compte tenu de l'insuffisance de la théorie de l'unité du patrimoine, puisque ce dernier « confronté à des créanciers susceptibles d'attenter à son patrimoine, et donc à l'activité d'entreprise, dans sa dimension sociale fondée sur l'emploi »¹⁸ était désarmé face à ses créanciers compte tenu de sa responsabilité illimitée.

6. L'entrepreneur individuel est défini comme étant une personne physique qui exerce une activité commerciale, artisanale, libérale ou agricole sans la création d'une personne morale¹⁹. Le

¹⁴ V. à cet effet, G. Chabot, De l'évolution du droit de l'entreprise individuelle, op. cit., n° 16 et s.

¹⁵ G. Chabot, De l'évolution de l'entreprise individuelle, op. cit., n° 16.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Le législateur a multiplié les mesures permettant de faciliter la création aussi bien au niveau des règles de constitution que des mesures fiscales auxquelles sont soumis les entrepreneurs individuels. À cet effet, la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises le projet de loi relatif au développement des petites entreprises et de l'artisanat, est venue mettre en place une kyrielle de mesures destinées à la simplification et au développement des petites et moyennes entreprises.

¹⁸ V. G. Chabot qui souligne à cet effet que « La fragilisation des droits des créanciers est une tendance nouvelle et extensive du droit privé contemporain », G. Chabot, De l'évolution de l'entreprise individuelle, op. cit., n° 34.

¹⁹ Toutefois, la loi du 11 juillet 1985 permet à l'entrepreneur individuel d'exploiter son activité professionnelle sous la forme sociétaire en créant une EURL. Cette possibilité pour l'entrepreneur individuel de créer une entreprise individuelle a été étendue par la suite à d'autres formes de sociétés. Ainsi, l'objectif recherché par le législateur à travers cette technique juridique est de permettre à l'entrepreneur individuel, en cas de difficultés résultant de son activité

.../...

régime qui lui est applicable est déterminé en fonction de la qualité au titre de laquelle il exerce son activité professionnelle. Aussi, l'entrepreneur individuel qui exerce une activité commerciale est soumis aux dispositions du droit commercial et les autres professions relèvent des règles du droit civil. La loi définit le commerçant comme étant celui qui effectue des actes de commerce à titre de profession habituelle²⁰, en son nom et pour son propre compte²¹. L'artisan, quant à lui, se caractérise par son travail manuel. À ce titre, il se distingue du commerçant qui effectue des actes de commerce²². La loi du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat définit les artisans comme étant des « personnes physiques et morales qui n'emploient pas plus de 10 salariés et qui exercent à titre principal ou secondaire une activité professionnelle ou indépendante de production, de transformation, de réparation ou de prestation de service relevant de l'artisanat et figurant sur une liste établie par décret »²³. Ainsi, les artisans n'ont pas de fonds de commerce, mais disposent d'un fonds artisanal. La qualité d'artisan est reconnue aux personnes disposant une qualification professionnelle dans un métier bien déterminé. À cet effet, le code de l'artisanat impose une réglementation stricte, notamment pour certaines qualifications professionnelles²⁴.

À l'opposé des commerçants et des artisans, le professionnel libéral offre des prestations intellectuelles destinées à la vie civile ou commerciale²⁵. L'entreprise libérale est caractérisée par la nature des prestations fournies. Elle a, en principe, un caractère civil²⁶. Mais, la loi permet aux

professionnelle exercée sous la forme sociétale, la possibilité de soustraire son patrimoine personnel ainsi que celui de sa famille de l'action de ses créanciers pour ses dettes professionnelles.

²⁰ V. art. L. 121-1, C. com.

²¹ Cass. com. 2 oct. 1985, n° 84-10156; Cass. com. 30 mars 1993, Bull. civ. 1993, IV, n°126, p. 86.

²² Cependant, la distinction entre l'artisan et le commerçant tend à s'estomper dans la mesure où de plus en plus les artisans ont recours à des outils mécaniques sophistiqués reléguant au second plan le travail manuel dans l'exercice de leur activité professionnelle. De surcroît, les artisans accomplissent de plus en plus des actes de commerce dans le cadre de leur activité professionnelle.

²³ L'artisan est tenu de s'immatriculer au registre des métiers afin de se prévaloir de la qualité d'artisan. Il est régi par le code de l'artisanat qui regroupe les dispositions de la loi du 5 juillet 1996 et de nombreux autres textes.

²⁴ C'est le cas par exemple des activités relatives à l'entretien et à la réparation des machines et véhicules, la construction, la réparation et l'entretien des bâtiments, l'entretien et à la réparation des équipements de gaz, chauffage, installations électriques ou ramonages, la réalisation des prothèses dentaires, la préparation et à la fabrication des produits de boulangerie, pâtisserie et boucherie, aux soins esthétiques, etc. V. art. 16, Loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat, modifié par la l'art. 22, Loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises.

²⁵ Il peut s'agir d'un médecin, d'un avocat, d'un architecte, etc.

²⁶ Ainsi seuls les tribunaux civils sont compétents pour connaître de leurs litiges. En cas d'ouverture de procédure collective, les tribunaux de commerce sont incompétents même si l'activité libérale est exercée sous forme d'une société. En outre, les professions libérales ne bénéficient pas du régime de la propriété commerciale, ni celui des baux commerciaux pour leurs locaux professionnels. Toutefois, on assiste de plus en plus à un rapprochement entre entreprises libérales et entreprises commerciales.

professions libérales de se constituer sous forme de société dont l'objet peut être civil ou commercial²⁷.

Concernant l'activité agricole, son régime juridique a été défini par la loi du 30 décembre 1988²⁸ qui a été intégrée dans le code rural et de la pêche maritime français. Aux termes de l'article L. 311-1 de ce code, « toutes les activités correspondant à la maîtrise et à l'exploitation d'un cycle biologique, à caractère végétal ou animal, ainsi que les activités exercées par un exploitant agricole qui sont dans le prolongement de l'acte de production ou qui ont pour support l'exploitation ». Ainsi, en droit français, tout comme dans les droits nationaux de l'espace OHADA, les activités agricoles sont considérées comme étant des activités civiles²⁹. Cependant, la jurisprudence n'hésitait pas à assimiler l'agriculteur ou l'éleveur qui effectue des actes de commerce dans l'exercice de son activité professionnelle à un commerçant de fait dès lors que l'activité d'achat et de revente était prépondérante sur celle d'agriculteur³⁰.

7. Dans l'espace OHADA³¹, l'entrepreneur individuel est confronté aux mêmes difficultés. Sa responsabilité professionnelle est engagée sur tout son patrimoine. Cependant, le droit de l'OHADA³², dont la finalité³³ est « l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats membres et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies »³⁴, ne consacre pas de mécanismes permettant de protéger l'entrepreneur individuel des risques de son activité professionnelle. Néanmoins, sur le plan juridique, la situation de l'entrepreneur individuel en droit de l'OHADA est beaucoup plus complexe qu'en droit français. Les dispositions

²⁷ En effet, les professions libérales peuvent créer par exemple une SCP, une SELARL.

²⁸ Loi n° 88-1202 du 30 décembre 1988 relative à l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social.

²⁹ V. art. L. 311-1, C.rur. et mar.

³⁰ Par application de la théorie de l'accessoire, les juges pouvaient voir dans l'activité de l'agriculteur une démarche spéculative qui devait être sanctionnée par la commercialité de l'acte.

³¹ L'espace OHADA (Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires) regroupe 17 pays dont le Bénin, le Bourkina Faso, le Cameroun, la Centrafrique, les Comores, le Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée-Bissau, la Guinée-Conakry, la Guinée Equatoriale, le Mali, le Niger, la République démocratique du Congo, le Sénégal, le Tchad et le Togo. Le Traité instituant l'OHADA a été signé à Port-Louis le 17 octobre 1993, il est entré en vigueur le 18 septembre 1995 et a été révisé au Québec le 17 octobre 2008.

³² Sur la notion de droit OHADA, v. P.-G. Pougoué, Y. Rachel Kalieu Elongo, Introduction critique à l'OHADA, Presses universitaires d'Afrique, éd. Ruisseau d'Afrique (Bénin), éd. Eburnie (Côte d'Ivoire), 2008, p. 111 et s.

³³ Sur les objectifs de l'OHADA, v. K. Mbaye, L'histoire et les objectifs de l'OHADA, LPA, n° 20, spéc., 13 oct. 2004 ; A.-T. Ndiaye, Conflits de normes en droits communautaires OHADA et UEMOA : Exemples des paiements réalisés dans les systèmes de paiement intégrés en cas de procédures collectives d'apurement du passif, Revue de droit uniforme (UNIDROIT) n° 2007-2, p. 285 et s. ; R. Degni-Segui, Codification et uniformisation du droit, Encyclopédie juridique de l'Afrique, NEA, 1982, t. 1.

³⁴ V. art. 1, T. OHADA.

communautaires ne régissent, en principe, que l'entrepreneur exerçant une activité commerciale. Les professions artisanales, agricoles et libérales sont régies par les dispositions nationales de chaque Etat membre. Même pour le nouveau statut de l'entrepreneur prévu par l'Acte uniforme portant droit commercial général, il appartient à chaque Etat membre de fixer « les mesures incitatives »³⁵ afin d'encourager l'adoption de ce nouveau statut³⁶, ce qui peut poser un véritable problème d'harmonisation du droit de l'entreprise individuelle au sein de cet espace.

8. Il est alors patent de relever que la situation de l'entrepreneur individuel dans les deux systèmes juridiques diffère, même si, sur le principe, ils sont soumis à la même règle qui est celle de l'unicité du patrimoine. Cependant, en droit français, le législateur a multiplié les mesures visant à protéger l'entrepreneur individuel, bien avant même la naissance de l'OHADA, afin de lui assurer un cadre juridique propice au développement de son activité professionnelle³⁷ en toute sécurité³⁸. Pourtant, le législateur français a toujours été hostile à l'introduction du patrimoine d'affectation. Cette hostilité à l'égard du patrimoine d'affectation n'a pas cependant remis en cause sa volonté de doter l'entrepreneur individuel de moyens permettant de protéger son patrimoine personnel de la poursuite des créanciers professionnels³⁹. Après la consécration de l'EURL, cette protection s'est matérialisée par l'adoption de la loi du 11 février 1994 dont la finalité était d'obliger les créanciers professionnels à prendre des garanties, en priorité, sur les biens professionnels de l'entrepreneur individuel⁴⁰ et le principe de la subsidiarité des poursuites en matière contractuelle⁴¹.

9. Cette approche protectionniste du droit français⁴² ne se retrouve pas en droit de l'OHADA. En effet, l'absence de mécanismes de protection spécifiques à l'entrepreneur individuel en droit de l'OHADA, au moment où les droits des créanciers sont de plus en plus renforcés par de nouveaux

³⁵ V. art. 30, al. 7, AUDCG.

³⁶ V. à cet effet, E. Mesmin Koumba, Les enjeux de l'extension des actes uniformes aux entreprises informelles africaines, *Rev. congolaise de dr. des aff.*, n° 10, p. 15 et s ; J. Issa-Sayegh, L'entrepreneur, un nouvel acteur économique en droit OHADA, : ambiguïtés et ambivalence, *Penant*, n° 878, janv.-mars 2012, p. 5 et s.

³⁷ La création de l'EURL en 1985 répondait à ce souci de protéger l'entrepreneur individuel en lui permettant de créer seul une personne morale à laquelle il affecterait son activité professionnelle.

³⁸ A cet effet, v. G. Chabot, *Sources du droit en matière d'entreprise individuelle*, J.-Cl. *Entreprise individuelle*, 2011, n° 56 et s.

³⁹ D.R. Martin, *De l'entreprise individuelle : RD bancaire et bourse* 1994, n° 42, p. 50

⁴⁰ Sur ce point V. P. Rubellin, L'étrange protection des biens non nécessaires à l'exploitation d'un entrepreneur individuel : *JCP G* 1995, I, 3856 ; D. R. Martin, *De l'entreprise individuelle*, op. cit., p. 50 ; M. Cabrillac et B. Teyssié : *RTD com.* 1994, p. 329.

⁴¹ V. M. Cabrillac et B. Teyssié, op. cit., p. 330.

⁴² Cette approche protectionniste du droit français avait conduit le professeur Mazeaud à dire que le droit français est un « droit sentimental », D. Mazeaud, *Droit des obligations : Réformes accomplies et réformes attendues*, coll. Poitiers, mai 2014.

mécanismes permettant de garantir la sécurité du crédit⁴³, démontre cette différence de vision entre les deux systèmes juridiques. *A priori*, le système français a mis en place des mesures efficaces pour garantir la sécurité des créanciers. De surcroît, la plupart des sûretés adoptées lors la révision de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, et même avant, sont inspirées du droit français⁴⁴. Cependant, dans le cadre de la protection de l'entrepreneur individuel, aucune disposition, ni communautaire, ni nationale, dans l'espace OHADA, ne consacre des mesures permettant à ce dernier de se protéger des risques de son activité professionnelle, à l'exception de la possibilité qui lui est offerte de créer des sociétés unipersonnelles.

Et pourtant, l'entrepreneur individuel exerçant son activité dans l'espace OHADA subit les mêmes conséquences sur le plan patrimonial que son homologue français, en raison de la règle commune de l'unité du patrimoine. Les risques de leurs activités professionnelles se répercutent sur leurs patrimoines personnels avec les effets redoutables qui peuvent en découler.

10. Cependant, l'entrepreneur individuel dans l'espace OHADA n'est pas totalement démuné face aux créanciers. En l'absence de mécanismes spécifiques lui permettant de préserver son patrimoine personnel, il peut néanmoins recourir à d'autres mécanismes de droit commun dont les effets peuvent considérablement amoindrir le droit de gage général des créanciers.

11. Toutefois, la protection de l'entrepreneur individuel ne se traduit pas par la méconnaissance des droits des créanciers⁴⁵. Au regard de l'unité du patrimoine, les droits des créanciers de l'entrepreneur individuel peuvent s'exercer aussi bien sur ses biens professionnels que personnels. Les créanciers peuvent saisir n'importe lequel des biens de leur débiteur afin de se désintéresser. Ainsi, face à cette situation, le législateur a multiplié les tentatives afin d'assurer la protection de l'entrepreneur individuel. Il a toujours voulu concilier la protection de l'entrepreneur individuel avec le respect des droits des créanciers. À cet effet, la mise en place des mécanismes de protection de l'entrepreneur individuel ne saurait prospérer sans le respect de certaines conditions qui visent à garantir les droits des créanciers. Dès lors, l'atteinte à leur droit de gage sur le patrimoine de l'entrepreneur individuel est strictement encadrée

12. L'étude de ce sujet nous permettra d'appréhender, aussi bien théorique que pratique, la protection de l'entrepreneur individuel, ce qui nous conduira à nous demander, dans quelle mesure

⁴³ L'introduction de nouvelles sûretés et le renforcement des garanties existantes lors de la réforme de l'AUS est illustratif de cette situation.

⁴⁴ V. AUS adopté le 15 déc. 2010, JO de l'OHADA, n° 22 du 15 fév. 2011.

⁴⁵ A.-L. Thomat-Raynaud et L. Pelizza, Protection des biens personnels et droits des créanciers de l'entrepreneur individuel : vers quel équilibre ? : Rev. Lamy dr. aff. 2010/50, n° 2921 et 2922 ; M.-C. Mariani-Riela, Le devenir des mécanismes de protection des biens personnels en cas d'ouverture d'une procédure collective : Rev. Lamy dr. aff. 2010/50, n° 2923.

la protection de l'entrepreneur individuel peut-elle limiter efficacement les droits créanciers. Autrement dit, les mécanismes de protection de l'entrepreneur individuel permettent-ils de limiter les droits des créanciers sur le patrimoine de celui-ci. L'analyse de l'effectivité des mécanismes de protection de l'entrepreneur individuel à l'égard des créanciers nous permettra de répondre à cette question. Elle nous conduira à nous interroger, inéluctablement sur l'efficacité des mécanismes de protection de l'entrepreneur individuel au regard des droits des créanciers.

13. L'idée de la protection de l'entrepreneur individuel n'est pas nouvelle. En effet, le droit français en 1985, suivi en cela par le droit OHADA en 1998, avait consacré la possibilité pour un entrepreneur individuel de créer une EURL à travers laquelle il exercerait son activité professionnelle en mettant ainsi à l'abri son patrimoine personnel. Plus tard, le législateur français consacre, en 2003, la déclaration notariée d'insaisissabilité qui permet à l'entrepreneur individuel de rendre insaisissable sa résidence principale. La loi de 2008 est venue étendre le champ d'application de la déclaration notariée d'insaisissabilité à tous les biens immobiliers bâtis ou non bâtis qui ne sont pas utilisés dans le cadre de l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel. Ainsi, ce dernier dispose désormais de la possibilité d'exercer son activité professionnelle sous forme sociétaire ou de rendre insaisissables ses biens immobiliers personnels.

14. Mais, l'inefficacité ou du moins la faiblesse de l'engouement envers ces divers mécanismes a conduit le législateur à adopter le statut de l'EURL par la loi du 15 juin 2010⁴⁶. La déclaration notariée d'insaisissabilité semblait présenter une inadéquation avec le fonctionnement de l'entreprise individuelle⁴⁷. Ce manque d'engouement est dû incontestablement à la lourdeur du formalisme et des coûts engendrés par la déclaration. Selon l'Assemblée nationale, seul environ douze milles (12 000) déclarations d'insaisissabilité ont été recensées par les tribunaux de commerce depuis la mise en place du dispositif en 2003. Mais plus encore, l'absence d'une protection efficace en cas de procédures collectives y était incontestablement pour quelque chose⁴⁸. En effet, la jurisprudence⁴⁹ alignait, en cas de liquidation judiciaire, l'intérêt collectif des créanciers sur l'intérêt de ceux qui bénéficient d'un droit de poursuite lié à l'antériorité de leur créance par rapport à la déclaration d'insaisissabilité ou au caractère non professionnel de leur créance. Il en résultait que, contrairement à la promesse d'une protection que l'entrepreneur pouvait logiquement attendre d'une « déclaration notariée d'insaisissabilité », il suffisait de constater l'existence d'une seule créance antérieure à cette déclaration pour que le liquidateur puisse saisir et réaliser les biens immobiliers *à priori* insaisissables.

⁴⁶ Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

⁴⁷ V. Rapp. AN n° 2298, 209-2010.

⁴⁸ V. Orléans, 15 mai 2008, JCP E 2009, n° 1, p. 1008, note M. Cabrillac ; Aix en Provence, 3 déc. 2009, LEDEN 2010, n° 1, p. 3, obs. F-X Lucas.

⁴⁹.....

Cette lacune affectant l'efficacité de la déclaration d'insaisissabilité a été corrigée par la jurisprudence. En effet, la Cour de cassation admet désormais que le liquidateur ne peut saisir les biens déclarés insaisissables au nom de l'intérêt collectif dans la mesure où il existerait dans la procédure des créanciers à qui la déclaration est inopposable⁵⁰.

15. Par ailleurs, si la constitution d'une EURL assure la limitation de la responsabilité de l'entrepreneur individuel aux apports qu'il a fait à la société, un cautionnement personnel parfois augmenté de celui d'un tiers (le plus souvent de son conjoint), est fréquemment exigé par les créanciers. L'étanchéité du cloisonnement patrimonial recherchée, dès lors, par la création de la société unipersonnelle disparaît. Ainsi, les mécanismes limitant la responsabilité de l'entrepreneur individuel s'avéraient peu opérants pour assurer la protection du patrimoine personnel. Au regard de ce constat, mais aussi sur la base d'une attente des entrepreneurs, pressentie par les pouvoirs publics, le législateur a finalement rompu avec un dogme juridique qui paraissait inattaquable en créant le statut de l'EURL.

16. Avec le statut d'EURL, la protection est devenue plus importante car ce mécanisme permet à l'entrepreneur individuel qui l'adopte de mettre son patrimoine personnel à l'abri de la poursuite de ses créanciers professionnels. Ainsi, ces derniers n'auront pour seul gage que les biens contenus dans le patrimoine affecté. Réciproquement, les créanciers personnels auront pour seul gage le patrimoine personnel. Ce cloisonnement patrimonial introduit en droit français pour garantir la protection des biens personnels de l'entrepreneur individuel consacre l'admission du patrimoine d'affectation qui fut longtemps réfuté par une partie de la doctrine et le législateur sur le fondement du principe de l'unité du patrimoine.

17. En dehors des mécanismes spécifiques qui lui permettent de sauvegarder son patrimoine personnel de la poursuite des créanciers professionnels, l'entrepreneur individuel peut recourir à d'autres mécanismes de droit commun afin d'assurer la préservation de son patrimoine personnel. Il peut recourir à la fiducie qui peut constituer un mécanisme efficace de protection du patrimoine, ou du moins de certains biens contenus dans son patrimoine. Introduite en droit français par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, elle consiste à transférer des biens, droits ou sûretés dans un patrimoine fiduciaire au profit d'un destinataire qui peut être un tiers (fiducie-sûreté) ou le constituant lui-même (fiducie-gestion). Elle fait échapper les biens, droits ou sûretés transférés dans le patrimoine fiduciaire à la poursuite des créanciers du constituant. Ainsi, l'entrepreneur individuel peut transférer certains biens dans un patrimoine fiduciaire pour les faire échapper à la poursuite de ses créanciers. Il peut également créer un patrimoine fiduciaire au profit de ses créanciers professionnels qui n'auront pour seul gage que les biens contenus dans celui-ci.

⁵⁰ Cass. com. 13 mars 2012, n°11-15.438.

18. Également, par le jeu des régimes matrimoniaux, l'entrepreneur individuel peut mettre à l'abri certains de ses biens personnels de la poursuite des créanciers professionnels⁵¹. En effet, le choix des régimes séparatistes semble être un moyen efficace de protéger les biens du couple de la poursuite des créanciers. La loi prévoit également certaines mesures de protection du patrimoine conjugal, notamment le logement familial⁵² ou les biens communs⁵³.

19. Toutefois, nous ne traiterons pas dans le cadre de notre étude l'exploitation de l'entreprise individuelle sous la forme sociétaire. Mais, cette exclusion ne sera que partielle car la mise en place des différents mécanismes de protection spécifiques à l'entrepreneur individuel résulte en grande partie des effets de la consécration de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée. En effet, comme le souligne G. Chabot, « la consécration de la théorie du patrimoine d'affectation n'altère pas l'existence et la pertinence des structures sociales unipersonnelles, dont la constitution continuera d'être recherchée, comme le nouveau statut de l'EIRL, à des fins de protection du patrimoine de l'entrepreneur individuel »⁵⁴

20. Tout en procédant à une étude critique de l'efficacité des mécanismes de protection en droit français, nous nous interrogerons sur leur applicabilité en droit de l'OHADA. Mais, la complexité de ce droit⁵⁵ au regard de son évolution actuelle et de la dynamique d'ensemble dans laquelle se trouve la majorité des pays composant cette organisation communautaire sur le plan économique, une telle transposition pourrait s'avérer délicate pour principalement deux raisons. D'une part, le droit français est dans plusieurs domaines en avance par rapport au droit de l'OHADA. En effet, en droit commercial, et plus précisément dans le domaine de l'entrepreneuriat individuel, l'évolution remarquée qu'a connue le droit français ces dernières années est loin de se produire en droit de l'OHADA. Malgré la réforme de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général survenue le 15 décembre 2001 introduisant le statut de l'entrepreneur individuel, le sort de ce dernier n'a pas connu de grandes évolutions⁵⁶. L'entrepreneur individuel reste toujours indéfiniment responsable de ses dettes sur l'ensemble de son patrimoine à l'égard des créanciers qu'il soit commerçant, artisan, agriculteur ou de profession libérale. D'autre part, la diversité des sources régissant également ces activités dans l'espace OHADA (normes communautaires, règles nationales non abrogées) peut

⁵¹ S. Lambert-Wiber, Le principe d'unité du patrimoine à l'épreuve de la responsabilité financière d'une personne mariée sous le régime de la communauté : Defrénois 1999, art. 37059.

⁵² V. art. 220, C. civ.

⁵³ V. art. 1415, C. civ.

⁵⁴ G. Chabot, Sources du droit en matière d'entreprise individuelle, op. cit., n° 2.

⁵⁵ V. à cet effet, Enquête sur la complexité des sources transnationales dans l'espace OHADA, Ohadata D10-53, www.OHADA.com

⁵⁶ V. Art. 30 et s., AUDCG

soulever des difficultés. En fait, la situation de l'entrepreneur individuel en droit de l'OHADA est régie dans une large mesure par les dispositions nationales⁵⁷. Cette diversité normative dans l'espace OHADA rend la tâche difficile dans la mesure où, en dehors de la profession commerciale, la prolifération des normes nationales, voire le vide juridique dans certains pays pourraient constituer un obstacle majeur à cette tentative d'articulation. L'absence de dispositions protectrices efficaces en cas de difficultés financières constitue également un obstacle. En effet, contrairement au droit français, ni le droit OHADA ni les droits nationaux n'intègrent dans leur arsenal juridique les dispositions régissant les procédures de traitement du surendettement des particuliers. Or, en droit français, le traitement des difficultés de l'EIRL est, dans certains, cas soumis à cette procédure lorsque le patrimoine personnel de ce dernier présente une situation d'insolvabilité. D'autre part, la situation économique des pays membres de l'OHADA est largement caractérisée pour une partie importante d'une économie dite informelle. Cette situation pourrait constituer un obstacle à cette tentative d'articulation dans la mesure où l'efficacité voire l'effectivité des mécanismes de protection ne peut s'apprécier véritablement que dans un contexte caractérisé par une forte implication et appropriation des acteurs destinataires de la règle. Par exemple, en droit français, le statut de l'EIRL est une revendication des entrepreneurs individuels concrétisée par les pouvoirs publics. Mais, la finalité de l'intégration des mécanismes de protection spécifiques à l'entrepreneur individuel, en droit de l'OHADA, pourrait contribuer largement à changer cet état de fait et favoriser le recul de la « clandestinité entrepreneuriale » au profit d'une convergence des objectifs de développement poursuivis dans cet espace communautaire.

La recherche de réponses adéquates à toutes ces interrogations se fera à travers une approche comparative des deux systèmes juridiques. Toutefois, la comparaison entre le droit français et le droit de l'OHADA ne se fera pas de façon linéaire.

21. L'étude de l'effectivité et de l'efficacité des mécanismes de protection de l'entrepreneur individuel à l'égard de ses créanciers nous amènera à traiter dans une première partie la protection de l'entrepreneur individuel au regard des droits des créanciers. À cet effet, nous nous intéresserons en premier lieu sur l'analyse des fondements de l'utilité de cette protection avant de voir, en deuxième lieu, l'effectivité des mécanismes de protection de l'entrepreneur individuel (Partie I).

22. Dans la deuxième partie, nous aborderons la question de l'efficacité de ces mécanismes aussi bien en cas de difficultés de l'entrepreneur individuel que lorsque celui-ci est *in bonis* afin de montrer les insuffisances de ces mécanismes, notamment lorsqu'ils ont été mis en place en cours d'exploitation de l'entreprise individuelle. A la suite de cette analyse, nous verrons dans quelle

⁵⁷ V. Art. 30 et s., AUDCG

mesure la protection de l'entrepreneur individuel pourrait être renforcée en droit français et en droit de l'OHADA (Partie II).

PARTIE I.

LA PROTECTION DE L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL AU REGARD DES DROITS DES CREANCIERS

23. Le développement de l'entrepreneuriat individuel, aussi bien en France que dans les pays de l'espace OHADA a toujours été l'objectif poursuivi par les pouvoirs publics. En effet, en France, depuis la création de l'EURL, peu prisée en pratique, jusqu'à présent, on a assisté à une grande volonté des pouvoirs publics d'encourager la création d'entreprises individuelles comme palliatif de l'augmentation sans cesse du taux de chômage et le recul du salariat. La même volonté politique est également perceptible au sein de l'espace OHADA, notamment avec la création du statut de l'entrepreneur en 2010.

Cependant, la fragilité de l'entreprise individuelle, ou du moins de l'entrepreneur individuel à l'égard de ses créanciers, a conduit le législateur français à adopter différents mécanismes afin de protéger ce dernier. En effet, l'entrepreneur individuel, aussi bien en droit français qu'en droit de l'OHADA est soumis au principe de l'unité du patrimoine. Il répond ainsi de ses dettes professionnelles et personnelles sur l'ensemble de son patrimoine. Aux termes des articles 2284 et 2285 du Code civil, toute personne doit répondre de ses dettes professionnelles sur l'ensemble de son patrimoine en considérant que la garantie de la dette de la personne par ses biens manifeste un lien si étroit entre le patrimoine et son propriétaire qu'il convient de traiter le patrimoine comme une composante de la personnalité juridique. Ils peuvent, en cas de difficultés de ce dernier, saisir tous les biens contenus dans le patrimoine de l'entrepreneur individuel, voire les biens qui sont dans le patrimoine conjugal, lorsque ce dernier est marié ou pacsé ou vivant en concubinage, entraînant ainsi la « faillite » de l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel et la saisie des biens des époux ou des partenaires (Titre I).

Cette fragilité de l'entreprise individuelle a conduit le législateur à créer des mécanismes de protection au profit de l'entrepreneur individuel. Ces mécanismes visent à sauvegarder ses biens personnels qui ne sont pas utilisés dans le cadre de son activité professionnelle contre la poursuite de ses créanciers professionnels. D'autres mécanismes de droit commun, telle que la fiducie ou les règles du droit des régimes matrimoniaux, peuvent être également utilisés par l'entrepreneur individuel afin de soustraire son patrimoine personnel du gage de ses créanciers (Titre II).

TITRE I.

LES FONDEMENTS DE L'UTILITE DE LA PROTECTION DE L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL A L'EGARD DES CREANCIERS

24. L'entrepreneur individuel répond de ses dettes professionnelles sur l'ensemble de son patrimoine. En effet, cette responsabilité illimitée de l'entrepreneur individuel sur tout son patrimoine peut entraîner des conséquences néfastes sur ses biens non professionnels, notamment lorsqu'il est en couple. À cet effet, la nécessité de le protéger de la poursuite de ses créanciers professionnels est apparue évidente aux yeux des pouvoirs publics afin de limiter le droit de gage général des créanciers. Cette protection se justifie par l'étendue des droits des créanciers sur le patrimoine de l'entrepreneur individuel. En effet, au nom du principe de l'unité du patrimoine, il engage tout son patrimoine à l'égard de ses créanciers. L'ensemble de ses biens professionnels ou non répondent de l'ensemble de son passif quel que soit son origine. Dès lors, les droits des créanciers s'exercent sur tous les biens contenus dans son patrimoine sans aucune distinction sur leur nature. L'actif et le passif de l'entrepreneur individuel constituant une universalité, les risques de son activité professionnelle sont supportés par l'ensemble de ses biens.

Ainsi, le droit de gage général prévu aux articles 2284 et 2285 du Code civil permet aux créanciers d'exercer leurs droits sur l'étendue du patrimoine de leur débiteur. Tout créancier de l'entrepreneur individuel, quel que soit sa qualité, professionnelle ou non, peut poursuivre n'importe quel bien contenu dans le patrimoine de ce dernier pour le paiement de sa créance. La détermination du droit de gage des créanciers permet de mettre en évidence la corrélation entre l'unicité du patrimoine de l'entrepreneur individuel et l'indivisibilité du droit de gage des créanciers qui, en principe, confère aux créanciers une égalité sur le patrimoine de leur débiteur (Chapitre 1).

Cependant, le droit de gage général étant une notion abstraite permettant de déterminer les droits des créanciers sur le patrimoine de leur débiteur, sa mise en œuvre se manifeste par le recours aux voies d'exécution qui permettent la saisie des biens contenus dans le patrimoine de l'entrepreneur individuel (Chapitre 2).

CHAPITRE I. LA DETERMINATION DU DROIT DE GAGE GENERAL DES CREANCIERS

25. Aux termes des articles 2284 et 2285 du code civil⁵⁸, le patrimoine de l'entrepreneur individuel doit répondre de l'ensemble des dettes contractées par ce dernier⁵⁹. En vertu du principe de l'unité du patrimoine auquel est soumis toute personne physique ou morale⁶⁰, l'entrepreneur individuel répond de ses dettes sur l'ensemble de ses biens mobiliers et immobiliers, présent et à venir⁶¹. Ainsi, le patrimoine de l'entrepreneur individuel étant unique, la corrélation entre la personne et son patrimoine justifie que les créanciers puissent exercer leurs droits sur l'étendue du patrimoine de leur débiteur. A cet effet, chaque créancier dispose du pouvoir de saisir n'importe lequel des biens contenus dans le patrimoine de l'entrepreneur individuel afin de se désintéresser. Dès lors, il se distingue du gage qui est une convention qui vise à accorder à un créancier le droit de se faire payer par préférence aux autres créanciers sur un bien corporel ou un ensemble de biens mobiliers déterminés⁶².

26. Ainsi, contrairement au gage, qui est une sûreté limitée à un bien corporel déterminé⁶³, le droit de gage général des créanciers permet aux créanciers de poursuivre leurs droits sur l'étendue du patrimoine de l'entrepreneur individuel. Dès lors, les créanciers exercent leur droit de gage général sur le patrimoine de l'entrepreneur individuel de façon égalitaire (section 2). En fait, l'égalité des créanciers dans la faculté qui leur est reconnue par la loi de saisir n'importe lequel des biens de l'entrepreneur individuel se justifie par l'étendue de ce droit qui n'est qu'une conséquence du principe de l'unité du patrimoine auquel est soumis l'entrepreneur individuel (section 1).

⁵⁸ Anciennement 2092 et 2093, C. civ. abrogés par l'ord. n° 2006-346 du 26 mars 2006.

⁵⁹ À cet effet, v. J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2012, p. 341 et s.

⁶⁰ Selon la théorie d'Aubry et Rau « toute personne juridique a nécessairement un patrimoine ; une personne n'a qu'un seul et unique patrimoine ».

⁶¹ Art. 2284, C. civ., selon lequel « quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ».

⁶² Art. 2329, C. civ. et art. 2333, C. civ.; art. L. 521-1, C. com.

⁶³ Art. 2333, C. civ.

SECTION I.

L'ÉTENDUE DU DROIT DE GAGE GÉNÉRAL DES CRÉANCIERS

27. L'étendue du droit de gage général des créanciers se mesure à l'aune du principe de l'unité du patrimoine auquel est soumis l'entrepreneur individuel. Au nom de ce principe, ce dernier répond de tous ses engagements sur son patrimoine. En effet, le patrimoine de l'entrepreneur individuel étant un et indivisible, toutes les obligations contractées par celui-ci doivent être supportées par son patrimoine. Ainsi, du principe de l'unicité et l'indivisibilité du patrimoine de l'entrepreneur individuel résulte le principe de l'indivisibilité du droit de gage général des créanciers (Paragraphe 1) dont la détermination de la nature soulève quelques difficultés (Paragraphe 2).

§ 1. L'INDIVISIBILITÉ DU DROIT DE GAGE GÉNÉRAL DES CRÉANCIERS

28. L'indivisibilité du droit de gage général des créanciers induit par l'unité du patrimoine de l'entrepreneur individuel et son indivisibilité fait du patrimoine le réceptacle des droits des créanciers. En effet, le patrimoine de l'entrepreneur individuel étant considéré comme l'émanation de sa personne, le reflet économique⁶⁴ à travers lequel tous ses engagements sont pris, toutes ses obligations doivent également y être supportées⁶⁵. Ainsi, l'indivisibilité du droit de gage général des créanciers qui constitue un corollaire de l'unité du patrimoine (A) constitue véritable un moyen de responsabilisation du patrimoine de l'entrepreneur individuel (B).

A. L'indivisibilité, un moyen de responsabilisation du patrimoine de l'entrepreneur individuel

29. L'indivisibilité du droit de gage des créanciers est une conséquence de l'indivisibilité du patrimoine de l'entrepreneur individuel. Le patrimoine étant indivisible, il forme un « tout » qui ne se subdivise pas en autant d'éléments que l'entrepreneur individuel a d'activités professionnelles. Peu importe la nature des dettes que celui-ci contracte, il répond de ce passif sur son patrimoine. Cette analyse est au cœur de la sécurité des relations qu'entretiennent l'entrepreneur individuel et ses créanciers. Le patrimoine, envisagé comme le réceptacle des obligations de l'entrepreneur individuel, n'est plus considéré comme étant un « objet de droits » mais plutôt comme un véritable « sujet

⁶⁴ F. Cohet-Cordey, La valeur explicative de la théorie du patrimoine, RTD civ. 1996, p. 826 et s.

⁶⁵ Où tous les droits sont également exercés, v. C. Aubry et C. Rau, op. cit, p. 334, note 6 ; F. Terré et P. Simler, Droit civil, Les biens, 4^e éd., D. 1992, n° 8, p. 6.

d'obligations »⁶⁶. Ainsi, reflet de la personne, le patrimoine répond des dettes, il n'est plus envisagé comme étant un objet (au sens propre) sur lequel va s'exercer le droit de gage général des créanciers. Mais dans l'analyse d'Aubry et Rau, le patrimoine est considéré comme un véritable sujet de droit indissociable de la personne de celui qui s'engage et qui répond de son passif⁶⁷.

30. C'est à travers de cette idée d'obligation que l'indivisibilité du droit de gage général trouve son fondement. En effet, « celui qui s'oblige, oblige tous les siens » a-t-on pour habitude de dire. Dès lors, l'entrepreneur engage ainsi tous ses biens en s'obligeant. A cet effet, le patrimoine étant une émanation de la personne, les obligations qui pèsent sur lui doivent être supportées par son patrimoine. Cette relation entre la personne, ses obligations et son patrimoine est une conséquence de l'unité du patrimoine. Elle découle de la fonction même du patrimoine qui constitue une universalité de droit représentant matériellement son titulaire.

La contrainte par corps ayant disparu, les droits des créanciers s'exercent sur les biens de celui-ci et non plus « directement sur sa personne quelle que soit la source de ses obligations »⁶⁸. Qu'ils s'agissent d'obligations contractuelles ou extracontractuelles, la responsabilité de l'entrepreneur individuel est engagée sur tout son patrimoine. La formulation de l'article 2284 du Code civil ne vise pas uniquement les obligations contractuelles mais elle renvoie à toutes les situations dans lesquelles le débiteur peut être tenu personnellement sur l'intégralité de son patrimoine⁶⁹.

Ainsi, la méconnaissance de l'obligation, quelle qu'elle soit, peut entraîner l'engagement de la responsabilité de l'entrepreneur individuel sur tous ses biens, donc la mise en œuvre du droit de gage général des créanciers. En revanche, le droit de gage général des créanciers ne constitue pas un élément de l'obligation, selon Aubry et Rau, il en découle nécessairement. La mise en œuvre du droit de gage général des créanciers est une conséquence logique de l'obligation reposant sur l'idée de transitivité⁷⁰ qui implique un rapport indirect entre les créanciers et les biens contenus dans le patrimoine de leur débiteur⁷¹. Cette responsabilisation de l'entrepreneur individuel à travers son patrimoine joue aussi bien dans sa vie professionnelle que dans sa vie personnelle. À chaque fois que l'entrepreneur individuel souscrit un engagement dans sa vie professionnelle, le patrimoine vient

⁶⁶ V. à ce propos A.-L. Thomat-Raynaud, *L'unité du patrimoine*, Defrénois, 2007, p. 68. V. aussi J. Rochfeld, qui parle de patrimoine-personne, *op. cit.*, p. 344.

⁶⁷ J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 343 et s.

⁶⁸ A.-L. Thomat-Raynaud, *op. cit.* p. 70.

⁶⁹ Le débiteur peut également être tenu « prompter rem ».

⁷⁰ Le terme « transitivité » est ici entendu dans son acception mathématique qui désigne « une relation binaire pour laquelle une suite d'objets reliés consécutivement aboutit à une relation entre le premier et le dernier ».

⁷¹ L'art. 2284, C. civ., consacre ainsi le principe de responsabilisation du patrimoine de l'entrepreneur individuel au nom de l'unicité du patrimoine.

garantir sa démarche. Il en est de même également dans sa vie personnelle, par exemple, lorsqu'il est pénalement condamné, son patrimoine est engagé⁷². La sanction de l'entrepreneur individuel sur son patrimoine résume parfaitement l'idée de « patrimoine-personne » car même si la contrainte par corps, sur le plan civil, a disparu de notre système juridique, il n'en demeure pas moins que le pouvoir de contrainte des créanciers s'exerce indirectement sur la personne de celui-ci à travers « le produit de son activité juridique »⁷³.

31. À cet effet, le patrimoine constitue le gage commun des créanciers de l'entrepreneur individuel⁷⁴. L'ensemble des biens contenus dans le patrimoine sont engagés dès la naissance de l'obligation. Ses biens présents et à venir garantissent son engagement envers ses créanciers. Ce principe de la personnalité patrimoniale du débiteur assure une corrélation entre le patrimoine de l'entrepreneur individuel et les engagements souscrits par lui à l'égard de ses créanciers. La personnalité du débiteur joue un rôle important dans les rapports d'obligations. Le crédit consenti à l'entrepreneur individuel et la confiance des créanciers sont, dans une moindre mesure, conditionnés par la valeur patrimoniale du débiteur au point que certains auteurs ont considéré que le caractère patrimonial a pris une place centrale dans les rapports d'obligations⁷⁵. Toutefois, même si la valeur patrimoniale de l'entrepreneur individuel s'apprécie au moment de son engagement, ce n'est que lors de la mise en œuvre du droit de gage général des créanciers que la capacité réelle de celui-ci à honorer ses engagements sera établie.

32. Mais, le gage commun des créanciers étant composé des biens présents et à venir, « l'exécution forcée peut être reprise indéfiniment, au-fur-et-à mesure des nouvelles acquisitions »⁷⁶ de l'entrepreneur individuel. Tant que les créanciers ne sont pas désintéressés, les biens qui entrent dans le patrimoine de leur débiteur à la suite de la première saisie peuvent être appréhendés par ceux-ci. En effet, comme le précise Comparato⁷⁷, le patrimoine ne se mesure pas simplement à la somme algébrique de tous les biens constituant le contenu du patrimoine du débiteur au moment de la mise en œuvre du droit de gage des créanciers. La responsabilité de l'entrepreneur individuel est également engagée sur son pouvoir d'acquisition de nouveaux biens fondamentalement compris dans l'obligation souscrite par ce dernier. L'aptitude de l'entrepreneur individuel à acquérir de

⁷² En effet, l'entrepreneur individuel peut être pénalement sanctionné sur ses biens par une amende. La sanction civile de la contrainte par corps ayant disparu en 1867, aujourd'hui on agit sur son patrimoine.

⁷³ F. Cohet-Cordey, *La valeur explicative de la théorie du patrimoine*, op. cit., p. 835.

⁷⁴ V. art. 2285, C. civ.

⁷⁵ V. à cet effet, S. Gjidra, *L'endettement et le droit*, bibl. dr. priv., LGDJ, 1999, t. 316, n° 182 et s.

⁷⁶ V. K. Comparato, *Essai d'une analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, D. 1969, n° 40-41.

⁷⁷ K. Comparato, thèse préc. n° 40.

nouveaux biens ou droits à travers son activité ne constitue-t-elle pas le gage de la confiance que les créanciers lui ont manifesté dans leurs rapports⁷⁸.

L'association du patrimoine à l'entrepreneur individuel se traduit par « une dimension morale » en ce sens qu'il permet d'assainir les relations entre celui-ci et ses créanciers. En effet, « l'existence d'un patrimoine assurant la corrélation entre droits et charges d'une personne est impérative dans la mesure où elle garantit la sécurité des échanges et des risques créés par l'activité de celle-ci »⁷⁹. En somme, la fonction moralisatrice du patrimoine est justifiée par son unicité car « la responsabilité serait allégée si l'on diminuait l'ampleur de la garantie financière en divisant le patrimoine en plusieurs segments »⁸⁰.

B. L'indivisibilité, un corollaire de l'unité du patrimoine

33. Du principe de l'unité du patrimoine théorisé par Aubry et Rau découle incontestablement le principe de l'indivisibilité du droit de gage général des créanciers. Les deux théoriciens soutiennent que « le droit de gage est indivisible, comme le patrimoine auquel il s'applique, de sorte que les créanciers d'une personne qui a disposé d'une partie de ses biens, n'en conservent pas moins le droit de frapper de saisie, pour tout ce qui leur est dû, la totalité des biens qui se trouvent encore dans le patrimoine du débiteur »⁸¹. En considérant le patrimoine comme étant un « tout juridique », un élément abstrait sur lequel s'exerce le droit de gage des créanciers, celui-ci doit également revêtir la même caractéristique d'indivisibilité à l'instar du patrimoine sur lequel il s'exerce. En effet, la loi, à travers les articles 2284 et 2285 du Code civil, affecte le patrimoine en son entier à l'exécution des obligations du débiteur. Ainsi, toutes les obligations de l'entrepreneur individuel sont garanties par un ensemble de biens présents et à venir.

Dès lors, l'unité du patrimoine se caractérise par la fongibilité des biens contenus dans le patrimoine de l'entrepreneur individuel justifiant l'indivisibilité du droit de gage des créanciers. Aux termes de l'article 2284 du Code civil tous les biens sont indistinctement affectés à l'exécution des obligations de l'entrepreneur individuel quelle que soit leur source en raison de la nature abstraite du patrimoine dans lequel ils sont contenus. En principe, n'importe quelle dette de l'entrepreneur individuel pourra être payée par n'importe quel bien contenu dans son patrimoine. La corrélation actif-passif ne tenant pas compte de la nature des biens, ni d'ailleurs celle des dettes. Dès lors, les

⁷⁸ G. Cornu, *Droit civil, introduction, les personnes les biens*, 12^e éd. Domat Montchrestien, 2005, n° 864, p. 382.

⁷⁹ F. Cohet-Cordey, *La valeur explicative de la théorie du patrimoine*, op. cit., p. 826.

⁸⁰ J. Rochfeld, op. cit., p. 352. V. aussi J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, t. I, 14^e éd. A. Colin, 2010, n° 33 et s.

⁸¹ C. Aubry et C. Rau, op. cit. p. 248.

biens entrants dans le patrimoine vont répondre des dettes contractées par l'entrepreneur individuel qu'elles soient antérieures ou non encore acquittées.

34. L'indivisibilité du droit de gage général des créanciers s'inscrit également dans le temps. L'article 2284 du Code civil dispose que le débiteur engage tout son patrimoine par ses biens présents et à venir. Quel que soit le moment de l'engagement du débiteur, le droit de gage des créanciers tend à s'exercer sur tous les biens du débiteur. Pas plus qu'elle n'accorde de place au fractionnement des biens, l'unité du patrimoine s'oppose au fractionnement temporel du droit de gage général des créanciers⁸². Elle s'inscrit dans le temps et repose sur « une appréciation linéaire de la vie du débiteur »⁸³ qui se reflète dans sa personnalité patrimoniale. Le patrimoine devient une « universalité juridique mouvante au sein de laquelle les biens, présents et à venir, répondent du passif actuel et futur »⁸⁴. Le droit de gage général des créanciers porte sur les biens qui sont contenus dans le patrimoine de l'entrepreneur individuel au moment de la naissance de l'obligation mais aussi sur tous les biens qui y entreront un jour. Ce qui fait dire à un auteur que « le droit de gage général se conjugue au présent et au futur »⁸⁵.

35. L'indivisibilité du droit de gage général des créanciers pose également la question de l'unité du patrimoine dans l'espace⁸⁶. Tous les biens de l'entrepreneur individuel répondent des dettes mêmes si les créanciers titulaires de ces créances résident dans un autre pays que celui du débiteur. Inversement, les biens de l'entrepreneur individuel situés à l'étranger sont compris dans le gage général des créanciers même s'ils sont plus difficiles à appréhender⁸⁷. Ainsi, l'indivisibilité du droit de gage général des créanciers est indépendante du moment de l'engagement de l'entrepreneur individuel, de la nature des biens et de leur localisation. La Cour de cassation a, à plusieurs reprises, affirmé l'unité du patrimoine dans l'espace. D'abord, la Cour, dans l'affaire des rapatriés d'Algérie, avait censuré les juges du fond qui, considérant que leurs biens situés en Algérie constituaient un patrimoine autonome avec un passif propre, distinct du patrimoine général, avaient libéré les rapatriés d'Algérie de leurs obligations à l'égard de leurs créanciers d'outre-mer⁸⁸. Ensuite à propos

⁸² V. à cet effet, H. Lecuyer, *La théorie du droit des obligations dans le droit patrimonial de la famille*, Paris II, 1993, n° 207 et s.

⁸³ H. Lecuyer et P. Reigne, *L'unité du patrimoine dans sa dimension diachronique. Etude comparée du droit des régimes matrimoniaux et du droit des procédures collectives*. In *Sociologie du patrimoine, la réalité de la règle de l'unicité du patrimoine*, Paris II, juillet 1995.

⁸⁴ P. Catala, *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*, RTD civ. 1966, p. 185.

⁸⁵ Ph. Théry, *L'accès au crédit de l'EIRL : garantir et exécuter*, Defrénois, 2011, p. 67.

⁸⁶ V. M. Raimon, *L'unité du patrimoine en droit international privé*, thèse, bibl. dr. priv., tome 359, LGDJ, 2002

⁸⁷ V. à ce propos, P. de Vareilles-Sommieres, *Le créancier et l'Europe : pour une simplification du recouvrement international de l'impayé*, Mélanges Mouly, Litec, 1998, t. 2, p. 437 et s.

⁸⁸ Cass. civ. 1^{re}, 23 avril 1969, D. 1969, II, p. 341, concl. Blondeau.

d'un contentieux lié à la saisie entre les mains d'un tiers, la Cour de cassation a rappelé l'application de l'unité du patrimoine dans l'espace à travers le fondement de l'obligation de communiquer les sommes dues au débiteur par le tiers saisi, qui ne saurait être remis en cause par le principe de territorialité des procédures civiles d'exécution⁸⁹

L'évolution jurisprudentielle, relativement à l'étendue de l'assiette du droit de gage général des créanciers, montre l'attachement de la Cour de cassation au principe d'indivisibilité du droit de gage général des créanciers qui est une émanation ou une conséquence directe de l'indivisibilité du patrimoine du débiteur. Mais, ni la jurisprudence, ni la doctrine n'ont pu dégager la nature juridique du droit de gage général des créanciers. Les divergences doctrinales sur la question montrent à quel point il est difficile de classer le droit de gage général dans une catégorie spécifique.

§ 2. LA NATURE DU DROIT DE GAGE GENERAL DES CREANCIERS

36. Au regard des articles 2284 et 2285 du Code civil, le droit de gage général des créanciers est une expression large visant le droit pour tout créancier de l'entrepreneur individuel de saisir n'importe lequel des biens contenus dans le patrimoine de ce dernier afin de se faire payer. La loi le définit implicitement sans pour autant donner sa nature. Ce qui avait suscité des controverses quant à la détermination de sa véritable nature au sein de la doctrine (A) qui semble aujourd'hui s'orienter vers la recherche d'une véritable nature du droit de gage général des créanciers (B).

A. Les controverses doctrinales sur la nature du droit de gage général des créanciers

37. La détermination de la nature du droit de gage général des créanciers ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine. Pour certains auteurs, le droit de gage général des créanciers serait un droit personnel dont chaque créancier est titulaire (2) tandis que pour d'autres, le droit de gage général des créanciers aurait un caractère réel (1).

1. La nature réelle du droit de gage général

38. La nature juridique du droit de gage général des créanciers a soulevé des questions au sein de la doctrine quant à sa détermination⁹⁰. Certains auteurs estimaient que le droit de gage général des

⁸⁹ Civ. 2^{ème}, 30 janv. 2002, Sté Crédit Suisse Hottinger c/ Katsanis, JCP E, 2003, note G. Cuniberti.

⁹⁰ La nature du droit de gage des créanciers n'a pas été traitée dans le Code civil et quelques rares ouvrages traitent de la question en doctrine. V. en ce sens, F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 10^{ème} éd., Dalloz 2009, n° 1094 et 1096 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations*, LGDJ, 2013, n° 1140.

créanciers aurait un caractère réel⁹¹. Pour les partisans de cette thèse, les créanciers disposent de la faculté d'appréhender les biens du débiteur contenus dans le patrimoine afin de les vendre et se faire désintéresser sur le prix de vente. Cette faculté leur confère les prérogatives d'un véritable propriétaire sur les biens de leur débiteur. Ainsi, le droit de gage général des créanciers serait pour les partisans de cette thèse un « droit réel de garantie » défini comme l'accessoire du droit de créance dont la finalité est de « garantir le créancier contre les risques d'inexécution »⁹². Le droit de gage général, en ce qu'il porte sur l'intégralité du patrimoine du débiteur aurait, selon ces auteurs, une nature réelle.

39. D'autres auteurs ont rejeté catégoriquement la nature réelle du droit de gage général⁹³. Selon ces derniers, le droit de gage général ne s'exerce que sur les biens du débiteur en tant qu'éléments du patrimoine. Pour Aubry et Rau, le droit de gage général « ne s'exerce que sur les biens du débiteur comme tels, c'est-à-dire comme éléments de son patrimoine, il s'évanouit nécessairement quant aux objets qui ont cessé de faire partie de ce patrimoine »⁹⁴. En effet, les détracteurs de la thèse de la nature réelle font prévaloir l'absence des attributs du droit réel en estimant que le droit de gage général ne confère aux créanciers du débiteur ni un droit de suite⁹⁵, ni un droit de préférence sur les biens qui seraient sortis du patrimoine de leur débiteur⁹⁶. Il est vrai que le droit de gage général ne confère pas aux créanciers de droits sur les biens qui seraient sortis du patrimoine du débiteur sauf en cas de fraude de ce dernier.

40. De surcroît, la vente forcée d'un bien du débiteur ne peut intervenir qu'après l'échec de la tentative de vente amiable. En droit français⁹⁷, et même dans l'espace OHADA, la procédure amiable devient le principe et la vente forcée des biens du débiteur ne peut intervenir que lorsque les voies amiables sont épuisées. Ainsi, « le pouvoir de retirer des biens de son débiteur une valeur équivalente » à l'exécution de la prestation par le créancier n'est plus automatique. Le débiteur devient un acteur incontournable dans la mise en œuvre du droit de gage général des créanciers. Ceci est d'autant plus vrai que le créancier ne dispose que d'un droit de créance qui ne lui confère pas un

⁹¹ V. à ce propos, J. Deruppe, La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance, D. 1952, spéc. n° 338 et s. V. aussi, E. Gaudemet, Etude du transport des dettes, thèse, Dijon, 1897, p.30.

⁹² J. Deruppe, op. cit. n° 313.

⁹³ V. C. Aubry et C. Rau, op. cit. p. 248.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ À ce propos, J. Deruppe fait valoir que le droit de suite n'est pas une prérogative attachée au droit réel, v. thèse préc. n° 316.

⁹⁶ Mais la loi permet aux créanciers de sauvegarder leurs droits au moyen de certaines actions pour ne pas subir le dépérissement du patrimoine de leur débiteur, v. à ce propos, Y. Guyon, Le droit de regard du créancier sur l'activité du débiteur, RJC, numéro spécial, l'évolution du droit des sûretés, colloque de Deauville.

⁹⁷ V. à cet effet, R. Perrot et Ph. They, Procédures civiles d'exécution, D. 2^e éd. 2005, n° 593 et s.

pouvoir direct et immédiat sur le patrimoine du débiteur à l'instar du droit réel. En fait, le droit de créance ne permet au créancier que la possibilité de contraindre son débiteur à exécuter ses obligations.

41. Par ailleurs, le droit de créance ne peut être conçu séparément du droit de gage général des créanciers. Les deux étant étroitement liés ; le droit de gage général tire son essence du droit de créance sans lequel il ne saurait exister. Mais, considérer le droit de gage général comme étant une garantie ou un accessoire du droit de créance c'est méconnaître le caractère indivisible du droit de gage général des créanciers⁹⁸ en le réduisant à une simple technique de préservation des droits des créanciers. En effet, la garantie supposant l'affectation de biens ou d'un patrimoine au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires pour l'exécution d'une obligation déterminée, la thèse de la nature réelle préconisant la qualification du droit de gage général comme étant un « droit réel de garantie » ne saurait prospérer. Le droit de gage général vise indifféremment les éléments contenus dans le patrimoine du débiteur et indistinctement les créanciers qui en sont titulaires. À ce titre, il se différencie et se distingue de la sûreté réelle qui porte sur un ou des biens déterminés dans le patrimoine au profit d'un ou de plusieurs créanciers bien définis, contrairement à ce que prétende certains auteurs⁹⁹.

Les insuffisances de cette théorie ont conduit certains auteurs à envisager la nature du droit de gage général des créanciers sous un autre angle.

2. La nature personnelle du droit de gage général des créanciers

42. Face au rejet de la nature réelle du droit de gage général des créanciers, certains auteurs ont estimé que le droit de gage général serait un droit personnel¹⁰⁰. Selon ces auteurs, puisque le patrimoine est une émanation de la personne, son reflet économique, et que les droits des créanciers portent sur le patrimoine du débiteur, leurs poursuites sont dirigées contre la personne du débiteur elle-même.

Pour les partisans de cette thèse, l'obligation ne se définit qu'au regard de la personne obligée. En effet, l'obligation étant définie comme le lien de droit en vertu duquel une personne s'engage à l'égard d'une autre personne de donner, faire ou ne pas faire quelque chose¹⁰¹. Ainsi, l'obligation instaure un lien de droit entre au moins deux personnes, elle n'a d'effets qu'entre celles-ci quelle que

⁹⁸ V. J. Mestre, E. Putman, M. Biliau, *Traité de droit civil droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n° 113.

⁹⁹ V. C. Kunh, *Le patrimoine fiduciaire, contribution à l'étude de l'universalité*, thèse, Paris I, 2003, n° 217.

¹⁰⁰ V. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, op. cit. n° 1096 ; v. aussi J. P. Verschave, *Essai sur l'unité du patrimoine*, thèse, Lille II, 1984, p. 161.

¹⁰¹ Le code civil ne définit pas la notion d'obligation, mais l'art. 1101, C. civ. y renvoie de façon embryonnaire.

soit son origine. Le droit de créance qui naît à travers ce lien est un droit qui appartient à une personne contre une autre et non contre le patrimoine de cette dernière. À cet effet, l'obligation établit donc un lien constitutif d'un rapport personnel entre l'entrepreneur individuel et le créancier à l'égard de qui il s'est engagé. Dès lors, si tous les biens de l'entrepreneur individuel sont engagés, c'est parce qu'il est personnellement tenu à travers son patrimoine. Le pouvoir du créancier s'exerce, en effet, directement sur l'entrepreneur individuel qui reste l'objet de la contrainte et non l'ensemble de biens contenus dans son patrimoine¹⁰²

43. Comme nous l'avons rappelé avec la thèse de la nature réelle, certains auteurs¹⁰³ ont combattu cette théorie en estimant que « le droit des créanciers aurait une connotation essentiellement patrimoniale et pourrait être considéré comme un droit portant, non plus sur la personne, mais sur les biens, sans pour autant être un droit réel stricto sensu en ce sens qu'il ne frappe pas un bien déterminé »¹⁰⁴. Certains vont même jusqu'à comparer « le patrimoine à un compte courant, c'est-à-dire à un ensemble de biens considérés au point de vue de leur valeur pécuniaire sur lesquels s'étendent indistinctement différentes obligations, différents droits, dont les divers objets seront individualisés par des paiements volontaires ou par une liquidation »¹⁰⁵. Le patrimoine ne serait plus l'émanation de la personne mais un ensemble de biens répondant au passif de son titulaire. Or, l'article 2285 du Code civil ne confère aux créanciers de l'entrepreneur individuel aucun droit direct sur les biens de leur débiteur. Les créanciers n'ont qu'un droit de contrainte par le recours à l'exécution forcée en cas d'inexécution volontaire de la part de l'entrepreneur individuel.

Cependant, à la lumière des dispositions des articles 2284 et 2285 du Code civil, l'action des créanciers est dirigée contre le débiteur à travers son patrimoine, mais le rapprochement entre droit de gage général des créanciers et droit personnel peut paraître paradoxal. Le patrimoine est une universalité de droit destiné à répondre des engagements du débiteur et non une personne autonome disposant de la personnalité juridique pouvant entretenir des rapports directs avec les tiers. Ce qui fait dire à certains auteurs que les partisans de la nature personnelle du droit de gage général ont simplement contourné le problème sans y apporter de véritables solutions¹⁰⁶. Le créancier de l'entrepreneur individuel dispose d'un droit de créance en raison du rapport d'obligation qui le lie à

¹⁰² « En matière d'obligations, il n'y a d'action qu'*in personam* », F. Cohet-Cordey, op. cit., n° 37.

¹⁰³ V. Plastara, La notion juridique de patrimoine, thèse, Paris, 1903, p. 102 ; v. aussi, O. Jallu, Essai critique de l'idée de continuation de la personne, thèse, Paris, 1902 ; P. Cazelles, De l'idée de continuation de la personne comme principe de transmissions universelles, thèse, Paris, 1905.

¹⁰⁴ F. Cohet-Cordey, op. cit., n° 32.

¹⁰⁵ Ibid

¹⁰⁶ V. H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, Leçons de droit civil, t. II, Premier volume, Obligations théorie générale, 9^e éd. par F. Chabas, 1998, n° 11.

celui-ci. A cet effet, il dispose d'un droit personnel sur son débiteur, mais le droit de gage général, comme nous l'avons précédemment évoqué ne saurait être réduit à un simple droit de créance dont serait titulaire le créancier sur l'entrepreneur individuel.

Ainsi, les différentes théories sur la nature du droit de gage général des créanciers ne semblent pas prospérer. Aucune des thèses avancées ne fait l'unanimité. Toutefois, il reste évident que la naissance du droit de gage général des créanciers résulte de l'engagement de l'entrepreneur individuel, engagement qui est supporté par l'intégralité des biens contenus dans son patrimoine.

Ce qui conduit une partie de la doctrine à envisager la question de la nature du droit de gage général des créanciers sous l'angle des prérogatives du créancier.

B. La recherche de la véritable nature du droit de gage général des créanciers

44. Des auteurs pensent que le droit de gage général peut être appréhendé comme étant une garantie du droit de créance¹⁰⁷. Pour eux, le patrimoine vient garantir l'engagement du débiteur en cas d'inexécution de ses obligations. Le patrimoine remplirait la fonction de garantie de l'engagement du débiteur dès la naissance de l'obligation mais ce n'est qu'au moment de l'inexécution qu'elle (la garantie) pourra être mise en œuvre par le créancier de l'obligation inexécutée. Contrairement aux partisans de la nature réelle du droit de gage des créanciers, la fonction de garantie, ici envisagée, est entendue au sens large. Elle ne porte pas sur un élément spécifique du patrimoine du débiteur mais sur une universalité qu'est le patrimoine dans son entier¹⁰⁸. Ainsi, dans une acception plus étendue, le droit de gage général pourrait être considéré comme une sorte de garantie¹⁰⁹ plus vaste et qui ne se réduirait pas à la simple technique d'affectation du patrimoine ou des éléments qui y sont contenus.

Le droit de gage général serait alors une prérogative offerte au créancier de pouvoir agir sur le patrimoine de son débiteur qui lui est reconnu par la loi à travers les articles 2284 et 2285 du Code civil. L'entrepreneur individuel étant tenu de remplir son engagement sur son patrimoine, le droit de gage général des créanciers n'est autre que « la manifestation la plus élémentaire du pouvoir juridique de contrainte, reconnu de façon égalitaire à tout créancier sur le patrimoine de son débiteur »¹¹⁰.

¹⁰⁷ V. G. Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, *Droit civil, t. 1, Les obligations, le régime*, Sirey, 2^e éd. 1989, n° 145.

¹⁰⁸ V. à ce propos, Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.* n° 1140 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 1094

¹⁰⁹ E. Agostini parle à cet effet de « garantie diffuse » par opposition au « gage individualisé », v. note sous *Civ. 1^{re}*, 14 fév. 1995 et *Civ. 1^{re}*, 18 juillet 1995, *D.* 1996, p. 391 et s.

¹¹⁰ J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, *op. cit.*, n° 115.

Cette analyse correspond à la vision d'Aubry et Rau dans leur conception de l'unité du patrimoine. Ces auteurs considéraient le droit de gage général des créanciers comme une « prérogative inhérente à la situation du créancier ». La loi à travers les articles 2284 et 2285 du Code civil assurait au créancier une certaine sécurité en lui offrant le patrimoine de son débiteur comme une « garantie virtuelle » au moment de la naissance de l'obligation. Ce n'est qu'en cas de défaillance de l'entrepreneur individuel dans l'exécution de son ou ses obligations que le créancier ou les créanciers pourront mettre en œuvre cette garantie afin de contraindre celui-ci au respect de l'engagement souscrit.

Ainsi, c'est lors de la mise en œuvre du droit de gage général que le créancier pourra acquérir un droit sur les biens de l'entrepreneur individuel à travers les différents procédés d'exécution.

SECTION II.

L'ÉGALITÉ DES CRÉANCIERS SUR LE PATRIMOINE DE L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL

45. Compte tenu du principe de l'unicité du patrimoine de l'entrepreneur individuel, le droit de gage général des créanciers est, comme nous l'avons souligné, indivisible. Cette indivisibilité du droit de gage général permet à chaque créancier d'exercer indistinctement ses droits sur tous les biens contenus dans le patrimoine de l'entrepreneur individuel. Ainsi, l'égalité entre les créanciers dans la mise en œuvre du droit de gage général est affirmée depuis longtemps aussi bien par le législateur que par la jurisprudence (Paragraphe 1). Cependant, elle est parfois remise en cause (Paragraphe 2).

§ 1. UNE ÉGALITÉ AFFIRMÉE

46. Les créanciers de l'entrepreneur individuel disposent des mêmes droits dans la mise en œuvre du droit de gage général. Chaque créancier dispose de la faculté de mettre en œuvre son droit de gage général en saisissant n'importe lequel des biens contenus dans le patrimoine de l'entrepreneur individuel lorsque celui-ci est défaillant. Cette faculté reconnue à tout créancier résulte de l'indivisibilité du droit de gage général des créanciers (A) dont la mise en œuvre se fait en dehors de toute distinction entre les créanciers de l'entrepreneur individuel (B).

A. L'indivisibilité du droit de gage comme fondement de l'égalité des créanciers

47. Tous les créanciers sont placés dans la même situation d'égalité pour la mise en œuvre de leur droit de gage général en cas de défaillance de leur débiteur¹¹¹. En effet, « l'indivisibilité du gage implique l'égalité des créanciers entre eux sur les biens du patrimoine »¹¹² de l'entrepreneur individuel au moment de la mise en œuvre du droit de gage général¹¹³. Le droit pour chaque créancier de poursuivre l'exécution sur les biens du patrimoine de l'entrepreneur individuel reposant sur la mise en œuvre du droit de gage, ce droit lui emprunte son caractère général. Toutefois, le droit de gage général à la différence du droit à l'exécution dont dispose chaque créancier est abstrait, tandis que le droit à l'exécution est concret.

¹¹¹ Dès le début du 20^{ème} siècle, la Cour de cassation a reconnu à la règle de l'égalité entre les créanciers un caractère d'ordre public qui interdisait toute clause pouvant favoriser l'un d'eux, Cass. Req. 13 juillet 1910, Journ. Faill. p 385.

¹¹² A.-L. Thomat-Raynaud, op. cit., p. 87.

¹¹³ J. Mestre, E. Putman, M. Biliau, op. cit., n° 115.

48. L'égalité des créanciers constitue une règle essentielle dans la mise en œuvre de leurs droits. Il trouve son fondement dans les articles 2284¹¹⁴ et 2285¹¹⁵ du Code civil. En droit français, tout comme en droit de l'OHADA, le législateur garantit l'égalité des créanciers au moment de la mise en œuvre du droit de gage général et de la réalisation c'est-à-dire au moment de leur paiement.

Au moment de la mise en œuvre du droit de gage général, la loi ne fait pas, en principe¹¹⁶, de distinction entre les créanciers de l'entrepreneur individuel. Qu'ils soient chirographaires ou privilégiés, la saisie des biens de l'entrepreneur individuel peut être pratiquée par n'importe lequel de ses créanciers. Ainsi, tout créancier dont la créance est certaine liquide et exigible peut poursuivre l'exécution forcée sur les biens de son débiteur¹¹⁷. À cet effet, l'article 28 de l'Acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement des créances et des voies d'exécution (AUVE) dispose que « à défaut d'exécution volontaire, tout créancier peut, quelle que soit la nature de sa créance, dans les conditions prévues par le présent Acte uniforme, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard ou pratiquer une mesure conservatoire pour assurer la sauvegarde de ses droits »¹¹⁸. Au même titre, l'article L. 111-1 du code des procédures civiles d'exécution (CPCE) dispose que « tout créancier peut, dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard. Tout créancier peut pratiquer une mesure conservatoire pour assurer la sauvegarde de ses droits »¹¹⁹. Ainsi, le droit de saisir est, selon les dispositions des articles 28 de l'AUVE et L. 111-1 du CPCE, attaché à la qualité du créancier, peu importe qu'il soit chirographaire ou privilégié. L'article 31 de l'AUVE précise qu'il suffit pour le créancier de justifier d'une « créance certaine, liquide et exigible sous réserve des dispositions relatives à l'apprehension et à la revendication des meubles ». Le fondement de ce droit trouve sa source dans les législations nationales des États membres de l'OHADA et dans la législation française qui confèrent au créancier le droit de gage général sur le patrimoine du débiteur¹²⁰.

¹¹⁴ Aux termes de l'art. 2284, C. civ., « quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ».

¹¹⁵ L'art. 2285, C. civ. dispose que « les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence ».

¹¹⁶ Le créancier hypothécaire a l'obligation de saisir d'abord le bien hypothéqué, si celui-ci ne suffit pas à le désintéresser, il pourra poursuivre la réalisation des autres biens du débiteur.

¹¹⁷ Toutefois, ce droit de saisir ne doit pas être un droit discrétionnaire pour le créancier. En cas de saisie injustifiée ou excessive, le créancier peut se voir sanctionné.

¹¹⁸ Art. 28, al. 1, AUVE.

¹¹⁹ Art. L. 111-1, al. 1 et 2, CPCE.

¹²⁰ Art. 2284, C. civ.

En outre, le droit français, tout comme le droit de l'OHADA, envisage l'égalité des créanciers au moment de la réalisation ou de la mise en œuvre du droit de gage général, c'est-à-dire au moment du paiement des créanciers. En effet, puisque les créanciers de l'entrepreneur individuel sont égaux sur les biens compris dans le patrimoine de leur débiteur, chacun pouvant saisir n'importe quel bien pour se faire payer, la répartition du prix de vente des biens réalisés doit, dans ce cas, se faire au marc le franc entre les créanciers chirographaires qui ne disposent d'aucun privilège¹²¹.

49. De même, le principe d'égalité des créanciers est également consacré en droit commercial, notamment lorsque l'entrepreneur individuel est en cessation des paiements, et spécialement en cas de liquidation judiciaire¹²². Au nom de l'égalité des créanciers, la loi organise le traitement des difficultés de l'entrepreneur individuel en regroupant et en soumettant tous les créanciers aux mêmes obligations aussi bien au moment de l'ouverture de la procédure que dans la liquidation judiciaire.¹²³. A ce niveau, la distribution du prix de vente des biens de l'entrepreneur individuel liquidé est faite, à l'égard des créanciers chirographaires sur le fondement du principe d'égalité des créanciers. À cet effet, l'article L. 643-8 du code de commerce, reprenant approximativement les dispositions de l'article 2285 du Code civil dispose que : « le montant de l'actif, distraction faite des frais et dépens de la liquidation judiciaire, des subsides accordés au chef d'entreprise ou aux dirigeants ou à leur famille et des sommes payées aux créanciers privilégiés, est réparti entre tous les créanciers au marc le franc de leurs créances admises ». Mais cette disposition ne renvoie pas concrètement au principe d'égalité des créanciers. Elle n'est qu'une technique d'organisation et de répartition du produit de la liquidation judiciaire entre les créanciers du débiteur.

B. L'absence de distinction entre les créanciers dans la mise en œuvre du droit de gage

50. Le droit de l'OHADA, pas plus que le droit français, ne fait de distinction entre créancier personnel et créancier professionnel dans la mise en œuvre du droit de gage général. Tous les créanciers de l'entrepreneur individuel, quelle que soit l'origine de leurs créances disposent d'un droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur. Tout comme les articles 2284 et 2285 du Code

¹²¹ V. M. Cabrillac, Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers, *in* Mél. B. Derrida, D. 1991, p. 31.

¹²² L'ouverture de la procédure collective en droit français n'est plus assimilée à l'existence d'une situation de cessation des paiements car le débiteur peut demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde alors qu'il n'est pas en cessation des paiements. V. à cet effet, Ph. Roussel Galle et alii, La procédure de sauvegarde et le redressement judiciaire, LPA, 21 sept. 2006, n° 189, p. 24 et s. ;

¹²³ En effet, « en vertu de ce principe d'égalité, à partir de l'ouverture des procédures collectives, tous les créanciers, sans distinction, subiront des atteintes à leurs droits individuels au profit d'une organisation collective », v. A. Kanté, Réflexions sur le principe de l'égalité entre les créanciers dans le droit des procédures collectives d'apurement du passif (O.H.A.D.A.), www.OHADA.com, Ohadata D-06-47.

civil ne font pas de différence sur la nature des créances, ils n'accordent pas d'avantage d'importance sur la qualité des créanciers au moment de la mise en œuvre du droit de gage général. Que leurs créances soient civiles ou professionnelles, les créanciers de l'entrepreneur individuel peuvent indistinctement mettre en œuvre l'exécution forcée en cas de défaillance de celui-ci.

51. L'absence de distinction entre les créanciers personnel et professionnel de l'entrepreneur individuel se justifie, en effet, par le principe de l'indivisibilité du patrimoine de leur débiteur. Selon les articles 2284 et 2285 du Code les créanciers personnel peuvent saisir les biens utilisés par l'entrepreneur individuel dans le cadre de son activité professionnelle. D'un autre côté, et inversement, les créanciers professionnels peuvent poursuivre leurs droits sur tous les biens personnels de l'entrepreneur individuel, sous réserve des insaisissabilités qui frappent certains d'entre eux.

52. Le créancier personnel peut être défini comme toute personne dont la créance est née hors de l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel et, inversement, le créancier professionnel, peut être défini comme celui dont la créance est née dans le cadre de l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel¹²⁴. En effet, aux termes de l'article L. 341-2 du Code de la consommation, le créancier professionnel est « celui dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale ». Mais, la distinction entre créancier personnel et créancier professionnel n'est pas aussi facile à établir. Certains créanciers de l'entrepreneur individuel peuvent porter, à la fois, la double casquette de créancier personnel et professionnel.

53. Cependant, la loi apporte une exception à l'indivisibilité du droit de gage général des créanciers en introduisant une distinction entre créanciers professionnels et créanciers personnels au moment de la mise en œuvre du droit de gage général. En effet, l'article L. 161-1 du code des procédures civiles d'exécution dispose que « lorsque le titulaire d'une créance contractuelle ayant sa cause dans l'activité professionnelle d'un entrepreneur individuel entend poursuivre l'exécution forcée d'un titre exécutoire sur les biens de cet entrepreneur, celui-ci peut, nonobstant les dispositions du 5° de l'article L. 112-2 et s'il établit que les biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise sont d'une valeur suffisante pour garantir le paiement de la créance, demander au créancier que l'exécution soit en priorité poursuivie sur ces derniers »¹²⁵. Toutefois, précise l'alinéa 2 de cette disposition, « si le créancier établit que cette proposition met en péril le recouvrement de sa

¹²⁴ La jurisprudence a eu à définir la notion de « créancier professionnel » par un arrêt du 25 juin 2009 de la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation dans lequel la Cour a adopté une définition extensive de la notion de « créancier professionnel », v. Cass. 1^{er} civ. 25 juin 2009, n° 07-21.506.

¹²⁵ Le 5° de l'art. L. 112-2, CPCE dispose que sont insaisissables « les biens mobiliers nécessaires à la vie et au travail du saisi et de sa famille, si ce n'est pour paiement de leur prix, dans les limites fixées par décret en Conseil d'Etat et sous réserve des dispositions du 6° ».

créance, il peut s'opposer à la demande »¹²⁶. Ainsi, le créancier peut s'opposer à cette division de ses poursuites sur les biens de l'entrepreneur individuel dès lors qu'elle met en péril ses chances de recouvrer sa créance. Le créancier n'est pas tenu de suivre l'entrepreneur individuel dans sa proposition et il peut saisir directement les biens personnels de ce dernier sans avoir à rechercher si les biens professionnels sont suffisants à le désintéresser. Seule l'intention de nuire peut entraîner la responsabilité du créancier qui refuse de suivre l'entrepreneur individuel dans sa proposition de saisir d'abord les biens professionnels lorsqu'ils sont suffisants pour garantir le paiement du créancier¹²⁷.

Cette faculté offerte à l'entrepreneur individuel de demander l'exécution forcée d'abord sur les biens professionnels lorsqu'ils sont suffisants ne remet pas en cause l'égalité des créanciers. Elle vise simplement à cantonner d'une part, les droits des créanciers, dont la créance est née à l'occasion de l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel, sur les biens professionnels, et d'autre part, préserver les biens personnels qui ne sont pas engagés dans cette activité professionnelle. Toutefois, ce texte ne semble pas, en pratique, être appliqué par la jurisprudence.

§ 2. UNE EGALITE ROMPUE

54. L'égalité des créanciers implique que tout créancier peut mettre en œuvre son droit de gage général au nom du principe de l'indivisibilité du droit de gage général des créanciers. Cependant, ce principe affirmé par la loi et confirmé par la jurisprudence est remis en cause dans certaines situations où la loi vient cantonner les droits des créanciers sur les biens contenus dans le patrimoine de l'entrepreneur individuel (B) en opérant une distinction entre eux (A).

A. La rupture d'égalité entre créanciers chirographaires et créanciers privilégiés

55. Aux termes de l'article 2285 du Code civil, « les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence ». Cette disposition, tout en posant le principe d'égalité entre les créanciers de l'entrepreneur individuel sur les biens contenus dans son patrimoine, vient consacrer également l'existence de « causes légitimes de préférence » entre les créanciers¹²⁸.

¹²⁶ V. à ce propos, P. Rubellin, L'étrange protection des biens non nécessaires à l'exploitation d'un entrepreneur individuel, op. cit., p. 3856 et s.

¹²⁷ En effet, « la responsabilité du créancier qui s'oppose à la demande du débiteur ne peut pas être recherchée, sauf intention de nuire », art. L. 161-1, al. 3, CPCE.

¹²⁸ En droit communautaire européen également, il a été admis que le principe d'égalité pouvait connaître "certaines limites justifiées par les objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté, dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à la substance des droits" en cause. CJCE, 14 mai 1974, Nolc c/Commission, aff. 4-73.

Dès lors, les créanciers de l'entrepreneur individuel sont subdivisés en deux catégories, les créanciers chirographaires et les créanciers privilégiés, c'est-à-dire les créanciers qui disposent d'un pouvoir particulier sur un bien affecté, légalement ou contractuellement, à leurs créances. A cet effet, la jurisprudence estime que le principe d'égalité de créanciers est inapplicable aux créanciers privilégiés¹²⁹. Et pourtant, la Cour de cassation avait, dès le début du vingtième siècle, reconnu le caractère d'ordre public de la règle de l'égalité des créanciers en prohibant toute clause pouvant créer un déséquilibre entre les droits de ceux-ci¹³⁰. Cette jurisprudence fut abandonnée, désormais « le principe relatif à l'égalité des créanciers n'est pas d'ordre public ; un créancier peut en effet renoncer au rang que la loi lui attribue »¹³¹.

Toutefois, l'existence d'une cause de préférence au profit des créanciers privilégiés ne les exclut pas des autres biens de l'entrepreneur individuel. Ils disposent, en plus de leurs droits sur les biens auxquels est attachée la garantie de leur créance, d'un droit de gage général sur tous les autres biens qui sont dans le patrimoine de leur débiteur. En effet, comme nous l'avons affirmé, la qualité du créancier importe peu dans la mise en œuvre du droit de gage général. L'entrepreneur individuel s'est obligé sur ses biens à l'égard de tous ses créanciers, même ceux qui bénéficient déjà d'une sûreté. Le fait de disposer d'une sûreté n'exclut pas le bénéfice de l'application des dispositions des articles 2284 et 2285 du Code civil à leur profit dans la mesure où la sûreté constitue simplement un avantage qui vient renforcer le droit de gage général des créanciers sur le patrimoine de l'entrepreneur individuel.

56. Contrairement à l'équité¹³², l'égalité ne devrait pas être une fin en soi. Les créanciers tirent leurs privilèges et droit de préférences du droit des sûretés. En effet, le créancier titulaire d'une sûreté réelle avait eu la prudence d'obtenir des garanties sur certains biens de l'entrepreneur individuel pour ses créances dès la conclusion du contrat, alors que le créancier chirographaire n'a pas manifesté une telle prudence. Il est logique qu'il ne soit pas placé dans la même situation que le créancier chirographaire. Il en est ainsi pour les créanciers disposant de privilèges. La différence de traitement dont ils bénéficient se justifie sur le plan juridique par des considérations pratiques.

¹²⁹ Cass. com. 30 oct. 2000, Bull. civ. IV, n° 169; JCP 2001, I, 298, n° 7, obs. M. Cabrillac, Defrénois 2001, p. 364, obs. M. Sénéchal ; RTD civ. 2001, p. 142, obs. J. Mestre et B. Fages.

¹³⁰ Cass. Req, 13 juillet 1910, Journ. Faill. 1910, p 385.

¹³¹ V. en ce sens sur le principe d'égalité des créanciers, Cass. com. 2 nov. 2005 n° 04-11946.

¹³² Appliqué à notre raisonnement, l'égalité reviendrait à donner à chacun des créanciers de l'entrepreneur individuel ce qui lui revient de droit sans tenir compte de leur différence tandis que l'équité tendrait à rendre les parts distribuées adaptées aux différents mérites de chaque créancier au regard de l'engagement du débiteur à son égard.

57. A cet effet, certains auteurs¹³³ ont pu soutenir que le principe d'égalité entre les créanciers a un fondement économique. Pour eux, la quasi-certitude du futur créancier d'être payé au détriment des autres éventuels créanciers lui permet d'oser de s'engager. Dès lors, l'inégalité résulterait plus de l'établissement d'une convention mettant au profit du créancier bénéficiaire un avantage préférentiel qui par conséquent affaiblit le gage général des créanciers chirographaires.

Il est ainsi difficile d'accepter les considérations économiques comme fondement du principe d'égalité des créanciers d'autant plus que ce principe peut également être remis en cause même entre les créanciers chirographaires.

B. La rupture de l'égalité entre les créanciers par le cantonnement de leurs poursuites

58. Les créanciers de l'entrepreneur individuel disposent d'un même droit sur le patrimoine de leur débiteur, on dit que celui-ci est leur gage commun. Sous réserve des causes légitimes de préférence, les créanciers sont égaux devant les biens de l'entrepreneur individuel. Ainsi, l'article 28 de l'AUVE et l'article L. 111-1 du CPCE offrent aux créanciers poursuivants le choix entre l'exécution forcée ou les mesures conservatoires quel que soit le montant de la créance. Toutefois, le principe du droit de saisir comporte deux dérogations. L'une est stipulée à l'égard des créanciers chirographaires et l'autre s'applique aux créanciers privilégiés.

59. Les créanciers chirographaires sont tenus de saisir en premier lieu les biens mobiliers de l'entrepreneur individuel défaillant. Ce n'est qu'en cas d'insuffisance de ceux-ci que l'exécution pourra être poursuivie sur les immeubles. Tout comme les articles 28 et 251 de l'AUVE et 2192 du Code civil font obligation aux créanciers privilégiés de saisir en premier les biens immeubles affectés au paiement de leurs créances, les articles 28 de l'AUVE et L. 111-1 du CPCE posent des exigences similaires à l'égard des créanciers chirographaires qui doivent d'abord se contenter de saisir les biens meubles de l'entrepreneur individuel pour se faire payer avant de pratiquer une saisie immobilière.

Cette dérogation, nous semble, justifiée par des considérations pratiques. Lorsque la saisie des biens immobiliers suffit à désintéresser le créancier chirographaire, il n'a aucun intérêt à vouloir saisir en priorité les biens immobiliers, compte tenu de la complexité de la saisie immobilière et de sa position défavorable à l'égard des créanciers munis de sûretés réelles¹³⁴.

¹³³ M. Vasseur, *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, Paris, 1947, p. 17 et s. DE GENTILE M.-J. R., *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967*, éd. Sirey 1973, p. 1.

¹³⁴ Généralement ce cas se rencontre lorsque le créancier chirographaire est en concours avec des créanciers hypothécaire ou privilégiés et que le montant de l'hypothèque ou du privilège dépasse la valeur du bien saisi ou lui est d'un montant égal. Dans cette hypothèque, le créancier chirographaire, bien que titulaire du droit de saisir, n'a dans les faits, aucun intérêt à pratiquer la saisie.

60. La mise en œuvre du droit de gage général est orientée d'abord vers l'exécution forcée sur les biens immobiliers de l'entrepreneur individuel. La loi impose aux créanciers munis d'une sûreté réelle de poursuivre l'exécution forcée, en premier lieu, sur les biens immobiliers de l'entrepreneur individuel avant de saisir les biens mobiliers en cas d'insuffisance de ces premiers. Aussi bien en droit français qu'en droit de l'OHADA, le législateur impose aux créanciers munis de sûretés des obligations dans la mise en œuvre de leur droit de gage général. En effet, les créanciers privilégiés ou hypothécaires doivent poursuivre en premier lieu le bien affecté à la garantie de leur créance et, en cas d'insuffisance de celui-ci, ils pourront poursuivre la saisie et la vente des autres biens. Cette solution est prévue par les articles 28, alinéa 2 de l'AUVE¹³⁵ et 251 du même acte. Aux termes de ce dernier article, en matière de saisie immobilière, le créancier hypothécaire ne peut poursuivre la vente des immeubles qui ne lui sont hypothéqués que dans le cas d'insuffisance des immeubles hypothéqués. En droit français ces deux dispositions sont confirmées dans l'article 2192 du Code civil qui dispose que « le créancier qui a procédé à la saisie d'un immeuble de son débiteur ne peut engager une nouvelle procédure de saisie sur un autre bien immobilier de celui-ci que dans le cas d'insuffisance du bien déjà saisi. Le créancier ne peut saisir les immeubles qui ne sont pas hypothéqués en sa faveur que dans le cas où l'hypothèque dont il bénéficie ne lui permet pas d'être rempli de ses droits ».

En outre, les créanciers hypothécaires disposent d'un droit de préférence¹³⁶ et d'un droit de suite¹³⁷ sur les biens de l'entrepreneur individuel auxquels sont affectées leurs garanties. À cet effet, ils peuvent poursuivre le bien, objet de leur garantie, qui serait sorti du patrimoine de leur débiteur, entre les mains des tiers. Ainsi, une saisie immobilière peut être opérée par un créancier hypothécaire contre le tiers acquéreur de l'immeuble affecté à la garantie de la créance¹³⁸. En effet, aux termes de l'article 2190 du Code civil, la saisie immobilière peut être pratiquée par un créancier hypothécaire contre le " tiers détenteur " de l'immeuble affecté à la sûreté de la créance¹³⁹. Elle est pratiquée

¹³⁵ En effet, l'art. 28, al. 2, AUVE dispose que « s'il s'agit d'une créance hypothécaire ou privilégiée, l'exécution est poursuivie en premier lieu sur les biens meubles et, en cas d'insuffisance de ceux-ci, sur les immeubles ».

¹³⁶ « Le "droit de préférence" est l'avantage que détiennent certains créanciers limitativement désignés par la loi d'être payés avant d'autres créanciers. La notion de droit préférentiel a été définie comme visant « tout droit susceptible de conférer à son titulaire une facilité plus grande dans la perception de sa créance. Le droit de préférence constitue une exception au principe de l'égalité des créanciers », S. Braudo, Dic. dr. priv. <http://www.dictionnaire-juridique.com>.

¹³⁷ « Le "droit de suite" est la prérogative qui appartient à certains créanciers d'exercer leurs droit sur un bien en quelque main qu'il se trouve. Ce droit appartient ainsi, au créancier hypothécaire et d'une façon générale à tout titulaire d'un privilège ». S. Braudo, Dic. du dr. privé.

¹³⁸ Le plus souvent les cessions d'immeubles à titre onéreux donnent généralement lieu aux formalités préalables de la purge hypothécaire. Cette technique permet à tout acquéreur d'un immeuble hypothéqué de se libérer des garanties grevant le bien en offrant le prix d'acquisition aux créanciers privilégiés. Elle est régie par les articles 2475 et s., C. civ.

¹³⁹ L'art. 2190, C. civ. dispose que « la saisie immobilière tend à la vente forcée de l'immeuble du débiteur ou, le cas échéant, du tiers détenteur en vue de la distribution de son prix ».

contre l'acquéreur à titre onéreux non personnellement obligé à la dette, du donataire, ou encore de l'héritier ayant accepté sous bénéfice d'inventaire. Toutefois, seuls les créanciers inscrits sur l'immeuble (hypothèque, privilège spécial immobilier) peuvent, en vertu du droit de suite attaché à leur droit, faire saisir l'immeuble entre les mains du tiers-acquéreur. Dans ce cas, ce dernier, dispose de deux possibilités. Il peut demander le bénéfice de discussion¹⁴⁰ qui lui permet d'exiger du créancier saisissant qu'il agisse d'abord sur les autres immeubles hypothéqués garantissant la même dette, à moins que l'immeuble ne soit affecté spécialement par privilège ou hypothèque à la créance du poursuivant¹⁴¹ ou désintéresser le créancier saisissant sur le prix de l'immeuble à concurrence de la créance¹⁴². Le tiers détenteur¹⁴³ peut enfin délaisser l'immeuble au profit du créancier poursuivant, mais la jurisprudence lui refuse ce droit lorsqu'il est encore débiteur du prix pour un montant susceptible de désintéresser le ou les créanciers poursuivants¹⁴⁴.

140 Le bénéfice de discussion est prévu dans le Code civil par l'art. 2298 à propos du cautionnement. En effet, selon cette disposition, « la caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens, à moins que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discussion, ou à moins qu'elle ne se soit obligée solidairement avec le débiteur ; auquel cas l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires ». Toutefois, comme pour la saisie pratiquée contre le tiers-acquéreur, « Le créancier n'est obligé de discuter le débiteur principal que lorsque la caution le requiert sur les premières poursuites dirigées contre elle », art. 2299, C. civ.

141 V. art. 2465 et 2466, C. civ.

142 L'article 2463 du Code civil précise, à cet effet, que « le tiers détenteur est tenu, dans le même cas, ou de payer tous les intérêts et capitaux exigibles, à quelque somme qu'ils puissent monter, ou de délaisser l'immeuble hypothéqué, sans aucune réserve ».

143 S'il ne peut remplir ces obligations, l'art. 2364 précise que « chaque créancier titulaire d'un droit de suite sur l'immeuble a le droit de poursuivre la saisie et la vente de l'immeuble dans les conditions du titre XIX du livre III ».

144 Quant au délaissement par hypothèque, il peut être fait par tous les tiers détenteurs qui ne sont pas personnellement obligés à la dette, et qui ont la capacité d'aliéner.

CHAPITRE II.

LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT DE GAGE GENERAL DES CREANCIERS

61. La mise en œuvre du droit de gage général des créanciers sur le patrimoine de l'entrepreneur individuel se fait par le recours aux voies d'exécution. En cas de défaillance de l'entrepreneur individuel dans l'exécution de ses obligations, ses créanciers peuvent saisir les biens contenus dans son patrimoine suivant les règles du droit des voies d'exécution (section 1).

62. Cependant, certains biens sont insaisissables. Leur insaisissabilité résulte de la volonté du législateur ou de l'entrepreneur individuel. En effet, pour des considérations d'ordre public, le législateur rend certains biens insaisissables dans le but de protéger l'activité économique ou les acteurs économiques. Toutefois, l'insaisissabilité de certains biens peut résulter également de la volonté des tiers ou de l'entrepreneur individuel lui-même (Section 2).

SECTION I.

LES CONDITIONS DE MISE EN ŒUVRE DU DROIT DE GAGE DES CREANCIERS

63. Pour que les biens contenus dans le patrimoine de l'entrepreneur individuel puissent être saisis par les créanciers, il faut qu'ils soient la propriété de l'entrepreneur individuel (A) et qu'ils soient disponibles (B).

§ 1. LA PROPRIÉTÉ DES BIENS CONTENUS DANS LE PATRIMOINE DE L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL

64. Les biens de l'entrepreneur individuel pouvant être saisis par les créanciers doivent être la propriété exclusive de l'entrepreneur individuel (A). Toutefois, dans certaines circonstances, les biens saisis n'appartiennent pas exclusivement à l'entrepreneur individuel (B).

A. La propriété exclusive des biens saisissables à l'entrepreneur individuel

65. Les biens contenus dans le patrimoine de l'entrepreneur individuel sont présumés lui appartenir. Toutefois, l'appartenance des biens saisissables est une présomption (1) qui peut être contestée par les tiers (2).

1. La présomption de propriété des biens détenus par l'entrepreneur individuel

Les créanciers de l'entrepreneur individuel peuvent exercer leur droit de saisie entre les mains de l'entrepreneur individuel (a) ou entre les mains d'un tiers lorsque le ou les biens objets de la saisie sont détenus par une tierce personne (b).

a. La saisie entre les mains de l'entrepreneur individuel

66. Le patrimoine de l'entrepreneur individuel répond de l'engagement souscrit par celui-ci à l'égard de ses créanciers. Ainsi, tous les biens contenus dans le patrimoine de l'entrepreneur individuel constituent, en principe, le gage général de ses créanciers. Lorsque qu'il n'exécute pas ses obligations, les créanciers peuvent saisir tous ses biens. Cependant, pour que la saisie puisse prospérer, les biens doivent appartenir à l'entrepreneur individuel. En effet, « l'indépendance juridique des personnes empêche normalement d'engager les biens d'autrui par ses propres dettes »¹⁴⁵. Dès lors, les créanciers de l'entrepreneur individuel ne peuvent pas saisir les biens de tiers à sa disposition ou les biens personnels de son conjoint, sauf en cas de solidarité entre les deux

¹⁴⁵ V. C. Brenner, « Voies d'exécution », 5e éd., coll. Cours, Dalloz, 2009, p. 34.

époux¹⁴⁶. Ainsi, le droit de poursuite des créanciers ne peut porter que sur les biens appartenant à l'entrepreneur individuel.

67. La propriété doit être comprise dans un sens large. Elle englobe tout titre juridique en vertu duquel l'entrepreneur individuel est en droit de s'approprier un bien déterminé¹⁴⁷. Ce titre juridique permet à l'entrepreneur individuel d'exercer une plénitude de droits sur les biens contenus dans son patrimoine. Il dispose à cet effet de l'*usus*, du *fructus* et de l'*abusus* qui lui assurent une pleine propriété sur ses biens. La jurisprudence rappelle ainsi régulièrement la règle de la primauté du titre qui a le grand mérite d'être simple et incontestable¹⁴⁸. Ainsi, ne font donc véritablement partie du patrimoine de l'entrepreneur individuel que les biens qui sont juridiquement siens, sur lesquels il exerce une emprise, soit directement, soit par personne interposée. Ces biens, puisqu'étant la propriété exclusive de l'entrepreneur individuel, peuvent être saisis par les créanciers.

68. La même analyse pourrait servir de base pour soutenir les arguments sur la saisie des biens utilisés en usufruit. Mais, l'usufruitier n'est pas propriétaire de la chose utilisée. Il ne peut légitimement considérer comme étant les siens que les fruits produits par la chose, à la condition de ne pas en altérer la substance. L'entrepreneur individuel, à cet effet, est quasi-propriétaire, il ne peut exercer ses droits que sur les fruits de la chose. L'article 578 du code civil définit, en effet, l'usufruit comme étant « le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance ». Ainsi, les fruits produits par la chose deviennent définitivement la propriété de l'entrepreneur individuel et, à ce titre, ils entrent dans son patrimoine. A ce moment, les saisies pourront s'exercer sur ces biens qui entrent dans le patrimoine de leur débiteur.

69. Ainsi, d'un point de vue juridique, seuls sont compris dans le patrimoine de l'entrepreneur individuel, les biens qu'il a le droit de considérer comme siens. Ceci conduit à exclure tous les biens qu'il ne fait que posséder provisoirement. Inversement, les saisies peuvent également porter sur les biens lui appartenant et qui seraient entre les mains d'un tiers.

¹⁴⁶ V. art. 1413, C. civ.

¹⁴⁷ La Cour de cassation précise à cet effet qu'« un bien appartient à celui qui l'a acquis sans égard à son financement », Cass. 1^{re} civ., 19 mars 2008, n° 07-12.300, Bull. civ. I, n° 89, Defrénois 2008, art. 38795, note R. Libchaber, RLDC 2008/53, n° 3167, obs. V. Perruchot-Triboulet.

¹⁴⁸ Cass. 1^{re} civ., 19 mars 2014, n° 13-14.989, D. actu. 10 avr. 2014, obs. Cayol A., JCP G 2014, n° 15, 467, n° 5, obs. H. Périnet-Marquet.

b. La saisie entre les mains d'un tiers

70. Les biens de l'entrepreneur individuel qui sont détenus par les tiers sont également saisissables par les créanciers¹⁴⁹. En effet, l'article L. 112-1 du CPCE dispose que les « saisies peuvent porter sur tous les biens appartenant au débiteur alors même qu'ils seraient détenus par des tiers ». Reprise à l'identique par l'article 50 de l'AUVE¹⁵⁰, cette disposition est confortée, en droit OHADA, par l'article 28 de l'AUVE qui permet aux créanciers justifiant d'une créance certaine, liquide et exigible de poursuivre l'exécution forcée de leur débiteur. Aux termes de ce dernier article, « tout créancier peut, quelle que soit la nature de sa créance, (...) contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard ou pratiquer une mesure conservatoire pour assurer la sauvegarde de ses droits ».

71. Le tiers saisi en question n'est pas un tiers « penitus extranei », il entretient des rapports avec l'entrepreneur individuel et, est directement concerné par la procédure d'exécution. Il détient des biens appartenant à l'entrepreneur individuel. C'est entre les mains de ce tiers que les créanciers poursuivants pratiquent une saisie-attribution, une saisie-vente, une saisie-appréhension, une saisie-revendication ou une saisie-conservatoire. La loi précise que peuvent aussi avoir la qualité de tiers-saisi, les sociétés ou personnes morales auxquelles appartiennent des coffres forts dans lesquels sont placés des biens du débiteur¹⁵¹. À l'égard de ces derniers, la loi impose les obligations qui découlent du principe général énoncé par l'article L. 123-1 du CPCE et qui sont précisées par les dispositions légales et réglementaires, spécifiques aux différentes mesures d'exécution mises en œuvre par les créanciers.

72. À cet effet, les tiers détenteurs de biens de l'entrepreneur individuel doivent apporter leurs concours à la procédure d'exécution. L'article 107 alinéa 1 de l'AUVE dispose que « l'huissier ou l'agent d'exécution invite le tiers à déclarer les biens qu'il détient pour le compte du débiteur et, parmi ces derniers, ceux qui auraient fait l'objet d'une saisie antérieure »¹⁵². L'article 211-3 du CPCE

¹⁴⁹ « Sur présentation du commandement de payer conforme aux articles 92 à 94 ci-dessus signifié au débiteur, à l'expiration d'un délai de huit jours après sa date, et sur présentation éventuelle de l'autorisation de la juridiction prévue par l'article précédent, l'huissier ou l'agent d'exécution peut saisir, entre les mains d'un tiers, les biens que celui-ci détient pour le compte du débiteur », v. art. 106 al. 1, AUVE.

¹⁵⁰ Les saisies peuvent porter sur tous les biens appartenant au débiteur alors même qu'ils seraient détenus par des tiers... », art. 50, AUVE.

¹⁵¹ L'art. 106 al. 2, AUVE dispose même que « le créancier peut, également, en respectant la même procédure, pratiquer une saisie sur soi-même lorsqu'il détient légitimement des biens appartenant à son débiteur ».

¹⁵² « Lorsque le tiers n'a pas assisté aux opérations de saisie, la copie du procès-verbal de saisie lui est signifiée en lui impartissant un délai de huit jours pour qu'il porte à la connaissance de l'huissier ou de l'agent d'exécution l'existence d'une éventuelle saisie antérieure sur les mêmes biens et qu'il lui en communique le procès-verbal », art. 110 al. 2, AUVE. La présence du tiers aux opérations de saisie se matérialise par la signature et la remise de l'original du procès-verbal au tiers-saisi qui vaut signification, « une copie du procès-verbal est signifiée au débiteur, huit jours au plus tard après la saisie ».V. art. 110 al. 1 et art. 111, AUVE ; La sanction de nullité prévue par l'article 111 AUVE ne s'applique qu'au

.../...

prévoit la même obligation à l'égard du tiers saisi. Ainsi, « le tiers saisi est tenu de déclarer au créancier l'étendue de ses obligations à l'égard du débiteur ainsi que les modalités qui pourraient les affecter et, s'il y a lieu, les cessions de créances, délégations ou saisies antérieures »¹⁵³.

73. Les tiers qui ne respecteraient pas ces obligations encourent une responsabilité et leurs manquements sont sanctionnés, respectivement par les articles L. 123-1 et 107 du CPCE et de l'AUVE par une condamnation au paiement, soit de dommages-intérêts, soit des causes de la saisie. En effet, l'article L. 123-1 du CPCE dispose que « les tiers ne peuvent faire obstacle aux procédures engagées en vue de l'exécution ou de la conservation des créances. Ils y apportent leur concours lorsqu'ils en sont légalement requis. Celui qui, sans motif légitime, se soustrait à ces obligations peut être contraint d'y satisfaire, au besoin à peine d'astreinte, sans préjudice de dommages-intérêts. Dans les mêmes conditions, le tiers entre les mains duquel est pratiquée une saisie peut aussi être condamné au paiement des causes de la saisie, sauf recours contre le débiteur ».

Cette responsabilisation du tiers saisi dans la procédure est également prévue par le droit de l'OHADA. En effet l'article 107 alinéa 2 de l'AUVE dispose que « en cas de refus de déclaration ou de déclaration inexacte ou mensongère, le tiers peut être condamné au paiement des causes de la saisie, sauf son recours contre le débiteur. Il peut, aussi, être condamné à des dommages-intérêts ». En droit français et en droit de l'OHADA, le législateur prévoit aussi la possibilité d'assortir d'une astreinte les obligations incombant au tiers-saisi mais cette mesure n'est destinée qu'à contraindre celui-ci à respecter ses obligations et ne constitue pas la mise en œuvre d'une responsabilité proprement dite du tiers défaillant.

74. Les biens saisis peuvent être confiés au tiers. Toutefois, ce dernier peut refuser la garde¹⁵⁴. Dans certaines situations, l'article 113, alinéa 1 de l'AUVE prévoit même avant toute saisie que les biens soient mis sous séquestre. En effet, « sous réserve du droit d'usage dont le tiers pourrait être titulaire sur les biens saisis, la juridiction compétente peut ordonner sur requête, à tout moment,

procès-verbal de saisie vente et non au procès-verbal de recollement, CA Ouagadougou, ord. réf. n°29/00, 18-5-2000 : Kondé Salif c/ pascal Berta, www.OHADA.com, Ohadata J-02-54 ; obs. J. Issa-Sayegh.

153 L'art. R. 211-4, CPCE précise que « le tiers saisi est tenu de fournir sur-le-champ à l'huissier de justice les renseignements prévus à l'article L. 211-3 et de lui communiquer les pièces justificatives.

Il en est fait mention dans l'acte de saisie.

par dérogation au premier alinéa, lorsque la saisie est pratiquée entre les mains d'un comptable public, celui-ci dispose d'un délai de vingt-quatre heures pour fournir à l'huissier de justice les renseignements prévus à l'article L. 211-3 et lui communiquer les pièces justificatives.

Si l'acte de saisie est signifié par voie électronique, le tiers saisi est tenu de communiquer à l'huissier de justice les renseignements et pièces justificatives mentionnés au premier alinéa au plus tard le premier jour ouvré suivant la signification, par voie électronique, sous réserve des dispositions prévues à l'article 748-7 du code de procédure civile ».

154 « Le tiers peut refuser la garde des biens saisis. À tout moment, il peut demander à en être déchargé. L'huissier ou l'agent d'exécution pourvoit à la nomination d'un gardien et à l'enlèvement des biens », art. 112, AUVE.

même avant le début des opérations de saisie, et après avoir entendu les parties ou celles-ci dûment appelées, la remise d'un ou de plusieurs objets à un séquestre qu'il désigne »¹⁵⁵.

75. Les créanciers doivent aussi respecter certaines règles dans la saisie des biens de l'entrepreneur individuel détenus par des tiers. En effet, l'article 105 de l'AUVE dispose que « lorsque la saisie porte sur des biens qui sont détenus par un tiers et dans les locaux d'habitation de ce dernier, elle doit être autorisée par la juridiction du lieu où sont situés les biens ». Ainsi, la saisie-vente effectuée sans l'autorisation de la juridiction du lieu où se situe les biens est nulle et de nul effet¹⁵⁶.

76. Par ailleurs, le tiers saisi peut s'opposer à la saisie du bien en usant de son droit de rétention. L'article 114 de l'AUVE dispose à cet effet que « si le tiers se prévaut d'un droit de rétention sur le bien saisi, il en informe l'huissier ou l'agent d'exécution par lettre recommandée avec avis de réception ou tout moyen laissant trace écrite à moins qu'il n'en ait fait la déclaration au moment de la saisie. Dans le délai d'un mois, le créancier saisissant peut contester ce droit de rétention devant la juridiction compétente du domicile ou du lieu où demeure le tiers. Le bien demeure indisponible durant l'instance. A défaut de contestation dans le délai d'un mois, la prétention du tiers est réputée fondée pour les besoins de la saisie ».

2. La contestation de la présomption de propriété des biens détenus par l'entrepreneur individuel

77. Le droit de gage général des créanciers sur le patrimoine de l'entrepreneur individuel n'emporte pas un droit absolu sur tous les biens figurant dans le patrimoine de celui-ci. En effet, la saisie des biens appartenant à un tiers serait sans effet même si ceux-ci sont détenus par l'entrepreneur individuel. Le tiers peut revendiquer la propriété du bien saisi entre les mains de l'entrepreneur individuel. Ainsi, le tiers propriétaire du bien saisi¹⁵⁷ dispose d'une action en distraction qui lui permet de faire sortir le bien saisi de la procédure¹⁵⁸. Cette action constitue un incident de la procédure de saisie individuelle qui ne peut être soulevé que par le tiers. Ce dernier doit en effet, « préciser les éléments sur lesquels se fonde le droit de propriété invoqué » et en

¹⁵⁵ L'al. 2 du même article précise toutefois que si le bien est un véhicule terrestre à moteur, celui-ci pourra « être immobilisé entre les mains du tiers jusqu'à son enlèvement en vue de la vente, les parties entendues ou dûment appelées, par tout moyen n'entraînant aucune détérioration du véhicule », art. 113, al. 2, AUVE.

¹⁵⁶ V. TRHC Dakar, 15 janv. 2003 : Sté Sénégalaise Hôtel c/ Receveur du Centre des Grandes Entreprises et autres, www.ohada.com, Ohadata J-03-56.

¹⁵⁷ Concernant la saisie d'un bien immobilier l'usufruitier ne peut intenter une telle action, puisque l'action est réservée au seul titulaire du droit de propriété sur l'immeuble.

¹⁵⁸ En droit français, l'action en distraction est régie par les dispositions du décret du 31 juillet 1992 en matière mobilière reprises dans le code des procédures civiles d'exécution. Le juge compétent est le juge du lieu de saisie.

conséquence de la contestation, le créancier saisissant doit mettre en cause les créanciers opposants et le débiteur doit être entendu avant que le juge ne statue sur la demande¹⁵⁹. Ainsi, contrairement aux contestations relatives à la saisissabilité, l'action en distraction ne peut être initiée par l'entrepreneur individuel même si la saisie porte sur des biens qui ne lui appartiennent pas¹⁶⁰. Le titulaire de l'action en distraction, visé par l'article 141 de l'Acte uniforme s'entend de toute personne étrangère à la saisie¹⁶¹.

L'action en distraction est exercée jusqu'au jour de l'audience d'adjudication¹⁶². Elle cesse d'être recevable après la vente des biens saisis¹⁶³. Cette condition d'antériorité est impérative en matière de meubles car, après la vente, l'adjudicataire des biens mobiliers est protégé par l'article 2276 du Code civil qui précise qu'en fait de meubles, possession vaut titre. C'est dire que le propriétaire ne pourra revendiquer son bien auprès du possesseur de bonne foi. Il devra, s'il veut recouvrer son bien, rembourser le prix d'achat au possesseur de bonne foi qui a acquis le bien dans une vente publique¹⁶⁴. « Toutefois, le tiers reconnu propriétaire d'un bien déjà vendu peut, jusqu'à la distribution des sommes produites par la vente, en distraire le prix non diminué des frais »¹⁶⁵.

78. Les textes sont plus souples en matière immobilière. L'article 9 du décret du 27 juillet 2006 admet l'action en distraction « *en tout état de cause* », ce qui conduit à penser que cette action pourrait être intentée devant la Cour d'appel après l'adjudication si elle fait l'objet d'un appel¹⁶⁶. On pourrait alors considérer que l'action en distraction peut même être demandée par le tiers propriétaire pendant la distribution du prix de vente du bien immobilier entre les créanciers poursuivants. Cependant, elle ne sera plus recevable après la distribution, seule l'action en revendication pourra être intentée par le tiers propriétaire.

80. La solution est tout autre en droit OHADA. En effet, l'article 308 de l'AUVE se contente d'indiquer que le tiers qui se prétend propriétaire doit former une demande en distraction avant l'adjudication dans le délai prévu par l'article 299 alinéa 2 »¹⁶⁷. La solution, ainsi posée en droit

¹⁵⁹ V. art. R. 221-51, CPCE et art. 141, AUVE.

¹⁶⁰ Bouaké, arrêt n° 77/2001 du 16 mai 2001, Z c/ K, Ohada.com/Ohadata J-02-97.

¹⁶¹ CCJA, arrêt n° 016/2005 du 24 février 2005, S. A. Y. et autres c/ Mme G. et Sté CGC, GD-CCJA, p. 539, obs. Sylvain Sorel Kuate Tameghé.

¹⁶² Art. R. 221-51, CPCE.

¹⁶³ Art. 142, AUVE.

¹⁶⁴ Art. 2280, C. civil.

¹⁶⁵ V. art. R. 221-52, CPCE et art. 142 de l'AUVE.

¹⁶⁶ V. art. 308, AUVE.

¹⁶⁷ Aux termes de l'art. 299 al. 2, AUVE « les demandes fondées sur un fait ou un acte survenu ou révélé postérieurement à cette audience et celles tendant à faire prononcer la distraction de tout ou partie des biens saisis, la

.../...

OHADA, est sans ambiguïté. Le tiers, qui se prétend propriétaire d'un bien immobilier détenu par l'entrepreneur individuel, doit intenter l'action en distraction avant l'adjudication. Cette solution, contrairement à celle retenue en droit français, a le mérite d'éviter la multiplication des incidents après la phase d'adjudication. A cet effet, l'article 300 de l'AUVE pose de façon claire et précise que peuvent être frappées d'appel les décisions judiciaires rendues en matière immobilière « lorsqu'elles statuent sur le principe même de la créance ou sur des moyens de fond tirés de l'incapacité d'une des parties, de la propriété, de l'insaisissabilité ou de l'inaliénabilité des biens saisis »¹⁶⁸.

Mais, l'enjeu est moins crucial en matière immobilière. Selon l'article 2208 du Code civil l'adjudication ne confère à l'adjudicataire que les droits du saisi. Le droit de propriété ne peut donc être transmis et le véritable propriétaire pourra intenter, après la vente, une action en revendication. Ce qui montre que l'AUVE n'admet la recevabilité de la demande en distraction que dans les États membres où le droit foncier admet la demande en revendication ou toute autre action tendant aux mêmes fins.

81. A l'inverse, les biens appartenant à l'entrepreneur individuel peuvent être saisis entre les mains d'un tiers détenteur. Dès lors, si les biens n'appartenant pas à l'entrepreneur individuel ne peuvent pas être saisis, tous les biens lui appartenant peuvent l'être sans distinction de leur nature ou de leur origine. Qu'ils soient corporels ou incorporels, qu'ils résultent d'une créance que l'entrepreneur individuel détient à l'égard des tiers, ses biens sont saisissables qu'elles soient conditionnelles, à terme ou à exécution successive¹⁶⁹, sauf certains biens déclarés insaisissables par la loi.

Mais si la saisie des biens appartenant à l'entrepreneur individuel ne soulève pas trop de difficultés, qu'en est-il de la saisie des biens collectifs n'appartenant pas exclusivement à l'entrepreneur individuel ?

B. La propriété non exclusive des biens saisissables de l'entrepreneur individuel

82. Les biens n'appartenant pas exclusivement à l'entrepreneur individuel peuvent être saisis par les créanciers. Lorsque l'entrepreneur individuel est marié ou pacsé, les biens qu'il détient avec son conjoint ou sa partenaire peuvent être saisis par ses créanciers. Selon le régime matrimonial qui lui est applicable, les biens saisissables peuvent être des biens communs (1) ou des biens indivis (2).

nullité de tout ou partie de la procédure suivie à l'audience éventuelle ou la radiation de la saisie, peuvent être présentées après l'audience éventuelle, mais seulement, à peine de déchéance, jusqu'au huitième jour avant l'adjudication ».

¹⁶⁸ V. art. 300 al. 2, AUVE.

¹⁶⁹ Art. 50, AUVE. Toutefois, cet article précise que « les modalités propres à ces obligations s'imposent au créancier saisissant ».

1. La saisissabilité des biens communs

83. Lorsque l'entrepreneur individuel est marié ou pacsé, le principe de l'indépendance juridique des personnes qui empêche la saisie des biens appartenant à des tiers ne s'applique pas aux saisies pratiquées sur les biens communs¹⁷⁰. Toutefois, aux termes de l'article 1415 du Code civil « chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas n'engage pas ses biens propres ». L'exigence du consentement du conjoint est aussi requise lorsque l'entrepreneur individuel marié sous le régime de la communauté décide d'affecter une partie de ses biens à l'exercice de son activité professionnelle¹⁷¹. Cette disposition protectrice des intérêts du conjoint s'applique à tous les régimes communautaires¹⁷². En effet, les dispositions de l'article 1415 du Code civil s'appliquent aux époux mariés sous un régime de communauté universelle, à la séparation des biens avec société d'acquêts. Ainsi, faute d'avoir obtenu le consentement du conjoint de l'entrepreneur individuel marié sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, « le créancier ne pourra pas appréhender les biens qui dépendent de la société d'acquêts »¹⁷³. En outre, les créanciers ne peuvent pas saisir les biens communs de l'entrepreneur individuel commun en biens lorsque les dettes sont nées antérieurement au mariage ou grevant les successions et libéralités reçues par ce dernier. Ce principe résulte de l'article 1411 alinéa 1 du Code civil qui dispose que « les créanciers de l'un ou de l'autre époux (...) ne peuvent poursuivre leur paiement que sur les biens propres et les revenus de leur débiteur ».

84. Cependant, il en est autrement lorsque les biens propres de l'entrepreneur individuel sont confondus avec les biens de son conjoint. L'article 1411 alinéa 2 du Code civil dispose à cet effet, que les créanciers peuvent néanmoins saisir « les biens de la communauté quand le mobilier qui appartient à leur débiteur au jour du mariage ou qui est échu par succession ou par libéralité a été confondu dans le patrimoine commun et ne peut plus être identifié selon les règles de l'article 1402 » du Code civil.

85. Toutefois, aux termes de l'article 1413 du Code civil, « le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut être poursuivi sur les biens communs, à moins qu'il n'y ait eu fraude de l'époux débiteur et mauvaise foi du créancier ».

¹⁷⁰ V. aussi Titre II, Chapitre 1, la soustraction de certains biens au gage des créanciers.

¹⁷¹ L'art. 1422, C. civ. dispose à cet effet que « Les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, disposer entre vifs, à titre gratuit, des biens de la communauté ».

¹⁷² V. à cet effet, J.-L. Puygauthier, Cautionnement ou emprunt souscrit par un époux commun en biens : une jurisprudence bienveillante, *Defrénois*, 30 sept. 2005, n° 18, p. 1393.

¹⁷³ J.-L. Puygauthier, Cautionnement ou emprunt souscrit par un époux commun en biens : une jurisprudence bienveillante *op. cit.*, p. 1394.

Cette disposition consacre le droit de poursuite des créanciers de l'entrepreneur individuel sur les biens communs. C'est la raison pour laquelle, le législateur veille à protéger les intérêts du conjoint de l'entrepreneur individuel marié sous un régime de communauté des biens. En effet, l'entrepreneur individuel doit apporter la preuve de la connaissance de son conjoint de la portée son engagement sur les biens communs. Cette mesure protectrice est justifiée par le fait que le droit de poursuite des créanciers est exercé non seulement sur les biens propres de l'entrepreneur individuel mais également sur les biens communs y compris les biens professionnels de son conjoint ou le logement familial, à l'exception des gains et salaires du conjoint.

86. Lorsque les gains et salaires du conjoint de l'entrepreneur individuel sont confondus avec les biens de l'entrepreneur individuel dans un compte, ils peuvent être saisis. L'article R. 162-9 du CPCE prévoit dans cette hypothèse qu'« il est laissé immédiatement à la disposition de l'époux commun en biens une somme équivalente, à son choix, au montant moyen mensuel des gains et salaires versés dans les douze mois précédant la saisie »¹⁷⁴. Contrairement au droit français, le droit OHADA donne au conjoint une alternative, il conserve des droits sur le salaire moyen des douze mois précédant la saisie, soit sur l'intégralité du dernier salaire¹⁷⁵. Le conjoint de l'entrepreneur individuel commun en biens peut, dans tous les cas où le compte sur lequel sont versés les gains et salaires fait l'objet d'une mesure d'exécution forcée ou conservatoire, saisir le juge de l'exécution à tout moment¹⁷⁶.

Toutefois, lorsque le conjoint donne son consentement sur un cautionnement ou un emprunt souscrit par l'entrepreneur individuel pendant la communauté, le droit de poursuite des créanciers s'exerce sur les biens propres de ce dernier et sur tous les biens en commun, y compris les gains et salaires du conjoint¹⁷⁷. Mais, lorsque le consentement du conjoint a été donné à la suite d'une fraude de l'entrepreneur individuel avec la complicité du créancier, seuls les propres de l'époux seront saisis par les créanciers.

87. L'article 1314 du Code civil interdit la saisie de tous les biens communs lorsqu'il s'avère que le consentement du conjoint a été vicié, mais encore faudrait-il prouver l'existence de manœuvres frauduleuses et la mauvaise foi du créancier. Cette double preuve est difficile à apporter dans le

¹⁷⁴ Aux termes de l'art. 162-9, CPCE « lorsqu'un compte, même joint, alimenté par les gains et salaires d'un époux commun en biens fait l'objet d'une mesure d'exécution forcée ou d'une saisie conservatoire pour le paiement ou la garantie d'une créance née du chef du conjoint, il est laissé immédiatement à la disposition de l'époux commun en biens une somme équivalant, à son choix, au montant des gains et salaires versés au cours du mois précédant la saisie ou au montant moyen mensuel des gains et salaires versés dans les douze mois précédant la saisie ».

¹⁷⁵ Art. 53, AOVE.

¹⁷⁶ Art. R. 162-9, CPCE.

¹⁷⁷ Une partie de la doctrine française milite cependant en faveur de l'insaisissabilité des gains et salaires du conjoint de l'entrepreneur individuel commun en biens.

mesure où même s'il semble évident d'établir l'existence de manœuvre frauduleuse de la part de l'entrepreneur individuel, il en va autrement pour la preuve de la mauvaise foi du créancier, qui est un élément subjectif, difficile à établir.

Par ailleurs, tous les biens, meubles et immeubles, présents ou à venir, des époux constituant le gage des créanciers de l'entrepreneur individuel marié sous le régime de la communauté universelle sont saisissables par les créanciers de ce dernier. Toutefois, les dispositions des articles 1414 et 1415 du Code civil leur étant applicables, les dettes nées du chef de l'entrepreneur individuel n'engagent pas les gains et salaires de son conjoint, d'une part et les dettes nées d'un cautionnement ou d'un emprunt sans le consentement exprès de son conjoint n'engage que ses biens propres, d'autre part.

2. La saisissabilité des biens indivis

88. S'agissant des biens indivis, en principe les créanciers de l'entrepreneur individuel qui aurait pu agir sur ces biens et ceux dont la créance résulte de leur conservation ou de leur gestion, peuvent poursuivre leur saisie et leur vente¹⁷⁸. Cependant, les créanciers personnels de l'entrepreneur individuel ne peuvent pas saisir les biens faisant l'objet d'une appropriation collective. En effet, l'article 815-17 alinéa 2 dispose que les créanciers ne peuvent pas saisir la part de l'entrepreneur individuel « dans les biens indivis, meubles ou immeubles » ni même prendre des mesures ayant pour effet de rendre ces biens indisponibles¹⁷⁹. Toutefois, l'interdiction de saisie posée par l'article 815-17 alinéa 2 du Code civil n'emporte pas interdiction de prendre des sûretés sur la part indivise de l'entrepreneur individuel¹⁸⁰.

89. Les créanciers de l'entrepreneur individuel ont toutefois la possibilité de provoquer le partage des biens indivis et de procéder par la suite à la saisie des biens placés dans le lot de leur débiteur. Aux termes de l'article 815-17 alinéa 3 les créanciers « ont la possibilité de provoquer le partage au nom de leur débiteur ou d'intervenir dans le partage provoqué par lui ». L'AUVE prévoit également que « la part indivise d'un immeuble ne peut être mise en vente avant le partage ou la liquidation que peuvent provoquer les créanciers d'un indivisaire »¹⁸¹. Provoquer le partage constitue ainsi la seule issue aménagée par le droit français et le droit OHADA pour permettre au créancier de réaliser le bien indivis. Ainsi, en droit OHADA, le juge communautaire a dans un arrêt de 2008¹⁸² affirmé qu'était insaisissable un immeuble indivis en l'absence de partage ou de liquidation que le créancier

¹⁷⁸ V. art. 815-17 al. 1 C. civ.

¹⁷⁹ Civ. 1re, 15 juill. 1999 ; RTD civ. 2002. 150, obs. R. Perrot.

¹⁸⁰ Civ. 3e, 2 nov. 1983, TRD civ. 1984. 174, obs. R. Perrot.

¹⁸¹ Art. 249, AUVE.

¹⁸²

aurait pu provoquer. Ce faisant, le droit OHADA consacre une action directe en partage aux créanciers personnels de l'entrepreneur individuel sur les biens indivis, contrairement au droit français qui n'envisage cette possibilité que dans le cadre d'une action oblique comme le prévoit l'article 815-17 du Code civil lorsqu'il dispose que les créanciers personnels de l'indivisaire peuvent « provoquer le partage au nom de leur débiteur ».

Toutefois, en droit français, cette disposition est tempérée par l'article 1873-15 du Code civil en matière d'indivision conventionnelle. En effet, les créanciers personnels de l'entrepreneur individuel peuvent poursuivre la saisie et la vente de la quote-part de ce dernier dans l'indivision en mettant en œuvre les procédures civiles d'exécution. Dans ce cas, les coindivisaires qui ne désirent pas voir un tiers intégrer leur indivision bénéficient des droits de préemption et de substitution en vertu de l'article 1873-12 du Code civil¹⁸³.

§ 2. LA DISPONIBILITE DES BIENS CONTENUS DANS LE PATRIMOINE DE L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL

90. Il ne suffit pas seulement que les biens contenus dans le patrimoine de l'entrepreneur individuel lui appartiennent en totalité ou en partie pour que les créanciers puissent les saisir. Il faut en outre que lesdits biens soient disponibles pour être saisissables. Ainsi, la disponibilité ne doit être contrariée par l'existence d'une saisie antérieure (A) ou qu'ils soient frappés d'une insaisissabilité du fait de leur caractère personnel (B).

A. La disponibilité contrariée par l'existence d'une saisie antérieure

91. L'indisponibilité d'un bien entre les mains de l'entrepreneur individuel rend celui-ci insaisissable. Cette insaisissabilité peut découler d'une saisie individuelle antérieure (1) ou du fait de l'ouverture d'une procédure collective lorsque l'entrepreneur individuel est en état de cessation des paiements (2).

1. L'indisponibilité résultant d'une procédure de saisie individuelle

92. En droit de l'OHADA, tout comme en droit français, l'existence d'une saisie antérieure rend indisponible les biens de l'entrepreneur individuel à la hauteur de l'indisponibilité qu'elle provoque¹⁸⁴. Les créanciers ne pourront dès lors pratiquer aucune saisie sur le ou les biens de

¹⁸³ « En cas d'aliénation tout ou partiel des droits d'un indivisaire dans les biens indivis, ou dans un ou plusieurs de ces biens, les coindivisaires bénéficient des droits de préemption et de substitution prévus par les articles 815-14 à 815-16 et 815-18 du présent code », art. 1873-12, C. civ.

¹⁸⁴ Selon l'article 36 al. 2, AUVÉ et l'art. L. 141-2, al. 1, CPCE, « l'acte de saisie rend indisponibles les biens qui en sont l'objet ».

l'entrepreneur individuel devenus indisponibles par l'effet de la saisie. Cette solution se traduit par la règle selon laquelle « saisie sur saisie ne vaut ». L'entrepreneur individuel dont les biens ont été saisis doit, sous peine d'engager sa responsabilité, faire connaître au créancier saisissant l'existence d'une saisie antérieure sur lesdits biens¹⁸⁵. Les créanciers poursuivant, afin de pouvoir exercer leurs droits sur les biens indisponibles, ont la possibilité de se joindre aux poursuites engagées par le premier saisissant¹⁸⁶ sauf en cas de saisie attribution.

En principe, cette cause d'indisponibilité n'interdit pas aux créanciers postérieurs de l'entrepreneur individuel de pratiquer à leur tour une saisie puisque le bien rendu indisponible « reste la propriété du débiteur et ne cesse pas d'être le gage commun de tous ses créanciers » jusqu'à sa mise en vente¹⁸⁷. Retenir l'inverse reviendrait à accorder au premier créancier saisissant une situation d'exclusivité qui lui conférerait un véritable privilège, ce que la Cour de cassation avait clairement refusé sous l'empire de l'ancien article 2092-3, alinéa 1^{er}, du Code civil¹⁸⁸. L'adage selon lequel, « saisie sur saisie ne vaut » ne signifie pas que les biens déjà saisis sont frappés d'une insaisissabilité générale qui empêche les autres créanciers de l'entrepreneur individuel d'exercer leurs droits sur lesdits biens. Il ne peut donc être analysé comme posant un principe d'indisponibilité édictant une impossibilité générale de saisir des biens déjà saisis¹⁸⁹.

93. Cette analyse ne vise pas toutes les saisies. Elle ne vaut que pour les procédures civiles d'exécution emportant seulement indisponibilité des biens saisis. En effet, en présence d'une saisie emportant effet attributif immédiat¹⁹⁰, le transfert de propriété de la créance saisie dès le premier acte de la procédure, condamne toute idée de saisie postérieure¹⁹¹. La créance a définitivement quitté le patrimoine du débiteur et ne fait plus partie du droit de gage des créanciers¹⁹². Le premier saisissant n'étant pas placé en situation d'exclusivité, l'éventualité d'une succession de saisies peut

¹⁸⁵ Art. 36 al. 3, AUVÉ.

¹⁸⁶ O. Salvat, La saisie-attribution d'une somme d'argent indisponible, LPA, n° 78, 19 avr. 2001, p. 4 et s ; S. S. Kuate Tameghe, Les mystères des articles 50 alinéa 1 et 51 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, Afrilex n° 5, p. 179 et s. <http://www.afrilex.u-bordeaux4.fr>

¹⁸⁷ Perrot R. et Théry Ph., op. cit., n° 152, p. 160 ; voir en matière de saisie-vente, Cass. 2e civ., 19 mai 1998, n° 96-13.238, Bull. civ. II, n° 161, D. 1998, jur., p. 405, concl. P. Tatu.

¹⁸⁸ Cass. com., 10 juill. 1984, n° 83-13.633, Bull. civ. IV, n° 225.

¹⁸⁹ Sauf en cas de saisie emportant un effet attributif telle que la saisie-attribution.

¹⁹⁰ Comme une saisie-attribution ou un avis à tiers détenteur.

¹⁹¹ L. n° 91-650, 9 juill. 1991, art. 43, L. proc. fisc., art. L. 263 ; L. n° 73-05, 2 janv. 1973, art. 2.

¹⁹² Lorsqu'à la suite d'une saisie-attribution, l'entrepreneur individuel est soumis à une procédure collective, celle-ci continue de produire ses effets, sauf à être annulée sur le fondement des nullités de la période suspecte.

alors se présenter dans la mesure où « l'effet attributif n'a pas pu jouer faute de disponibilité de la créance saisie »¹⁹³.

Contrairement à la saisie-vente ou à la saisie-attribution, la saisie conservatoire des créances pose un autre type de difficulté. L'article L. 521-1 du CPCE dispose que « la saisie conservatoire peut porter sur tous les biens mobiliers, corporels ou incorporels, appartenant au débiteur. Elle les rend indisponibles »¹⁹⁴. À l'indisponibilité de la créance saisie, la loi ajoute une garantie particulière profitant au premier saisissant. L'article L. 523-1 du même code précise que « lorsque la saisie porte sur une créance ayant pour objet une somme d'argent, l'acte de saisie la rend indisponible à concurrence du montant autorisé par le juge ou, lorsque cette autorisation n'est pas nécessaire, à concurrence du montant pour lequel la saisie est pratiquée. La saisie produit les effets d'une consignation prévus à l'article 2350 du code civil »¹⁹⁵. À cet effet, une saisie ultérieure peut être pratiquée sur les biens frappés d'une saisie conservatoire¹⁹⁶, mais elle ne présente d'intérêt que si le créancier qui la pratique dispose d'un privilège d'un rang supérieur¹⁹⁷. Dans cette hypothèse, l'indisponibilité de la créance saisie à titre conservatoire bloque le jeu de l'effet attributif, le concours doit donc se régler en tenant compte des causes de préférences¹⁹⁸.

94. En dehors de ces hypothèses, l'indisponibilité empêchant la saisie ultérieure d'un bien faisant l'objet d'une saisie résultant de l'adage « *saisie sur saisie ne vaut* » signifie simplement que le bien corporel ou le droit rendu indisponible par une saisie antérieure « ne peut plus faire l'objet d'une procédure de saisie distincte de la précédente et que les créanciers subséquents qui se présenteront pour saisir les mêmes biens devront joindre leurs poursuites à celles du premier saisissant par le moyen d'une opposition »¹⁹⁹. C'est le cas notamment en matière de saisie-vente²⁰⁰ pour les créanciers

¹⁹³ V. Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 1999, nos 97-19.502 et 97-20.012, Bull. civ. I, n° 157, D. 2000, jur., p. 754, note Ph. Soustelle, RTD civ. 2000, p. 169, obs. R. Perrot ; Cass. 2^e civ., 16 mars 2000, n° 98-14.725, Bull. civ. II, n° 49 ; Cass. 2^e civ., 6 juill. 2000, n° 98-20.286, Bull. civ. II, n° 119 ; Cass. 2^e civ., 18 oct. 2001, n° 00-12.369, Bull. civ. I, n° 159, JCP G 2001, II, n° 10144, note L. Boutitie.

¹⁹⁴ Art. L. 521-1, al. 1 et 2, CPCE.

¹⁹⁵ Aux termes de l'art. 2075-1, « le dépôt ou la consignation de sommes, effets ou valeurs, ordonné judiciairement à titre de garantie ou à titre conservatoire, emporte affectation spéciale et privilège de l'article 2073 ». L'art. 2350, C. civ., répète à la lettre la même disposition que l'art. 2075-1, C. civ., « le dépôt ou la consignation de sommes, effets ou valeurs, ordonné judiciairement à titre de garantie ou à titre conservatoire, emporte affectation spéciale et droit de préférence au sens de l'article 2333 ».

¹⁹⁶ Y compris une autre saisie-conservatoire. En effet, « Sous réserve des dispositions de l'article L. 523-1, un bien peut faire l'objet de plusieurs saisies conservatoires », art. L. 521-1, al. 3, CPCE.

¹⁹⁷ V. art. 2330, C. civ.

¹⁹⁸ V. Cass. 2^e civ., 18 janv. 2007, n° 06-10.598, Bull. civ. II, n° 14, Dr. et proc. 2007, p. 217, note C. Lefort ; Gaz. pal. 2007, somm ; p. 3444 obs. C. Brenner.

¹⁹⁹ V. R. Perrot et Ph. Théry, op. cit., n° 152, p. 160.

²⁰⁰ Art. R. 221-41, CPCE et s.

« qui se sont manifestés avant la vérification des biens saisis et ceux qui, avant la saisie, ont procédé à une mesure conservatoire sur les mêmes biens »²⁰¹.

2. L'indisponibilité résultant d'une procédure de traitement des difficultés de l'entrepreneur individuel

95. L'indisponibilité des biens contenus dans le patrimoine de l'entrepreneur individuel peut également résulter de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard de celui-ci. En effet, lorsque l'entrepreneur individuel est en état de cessation des paiements²⁰², l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire²⁰³ peut entraîner le dessaisissement du débiteur de la gestion de son patrimoine et la suspension de toute poursuite individuelle de la part des créanciers. Il en est de même lorsqu'il est soumis à une procédure de sauvegarde qui, rappelons le, n'existe pas en droit de l'OHADA. Ainsi, les biens meubles et immeubles du débiteur devenus indisponibles entre ses mains par l'effet de l'ouverture d'une procédure collective, aucune saisie ne peut être effectuée sur ceux-ci. Cette insaisissabilité résultant de l'ouverture d'une procédure collective est prévue par l'article 75 de l'Acte Uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif (AUPC) qui dispose que la décision d'ouverture suspend ou interdit toutes les poursuites individuelles ainsi que toutes les voies d'exécution tendant à obtenir le paiement sur les biens meubles et immeubles du débiteur. Ainsi, du seul fait de l'ouverture de la procédure collective contre l'entrepreneur individuel, les créanciers de celui-ci ne peuvent plus exercer leurs droits de saisie.

96. Les législateurs ont également prévu, dans les deux systèmes juridiques, en cas de procédures collectives des causes d'indisponibilité qui se transforment en de véritables causes d'insaisissabilité pour les créanciers de l'entrepreneur individuel²⁰⁴.

En effet, en cas de redressement de l'entreprise, le tribunal a la faculté de déclarer inaliénables certains biens dans certaines circonstances. Si le tribunal adopte un plan de sauvegarde ou modifie un plan antérieurement arrêté, il « peut décider que les biens qu'il estime indispensables à la continuation de l'entreprise ne pourront être aliénés, pour une durée qu'il fixe, sans son autorisation »²⁰⁵. Il en est de même en cas de cession de l'entreprise, l'article L. 642-10, alinéa 1^{er} du

²⁰¹ Art. L. 221-5, CPCE.

²⁰² Est en cessation des paiements, tout débiteur qui est « dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible », art. L. 631-1, C. com. ; L'art. 25, AUPC dispose également que : « le débiteur qui est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible est en état de cessation des paiements ».

²⁰³ Il faut distinguer ces situations de la procédure de sauvegarde, inconnue en droit de l'OHADA, qui est une faveur accordée au débiteur de demander l'ouverture d'une procédure collective, alors même qu'il n'est pas en cessation des paiements, v. art. L. 620-1 et L. 620-2, C. com.

²⁰⁴ Guyon Y., L'inaliénabilité en droit commercial, Mél. Sayag, 1997, p. 297.

²⁰⁵ Art. L. 626-14, C. com. et R. 626-25 et s., C. com.

code de commerce prévoit que le tribunal « peut prévoir dans le jugement arrêtant le plan de cession que tout ou partie des biens cédés ne pourront être aliénés, pour une durée qu'il fixe, sans son autorisation ». Il faut ajouter qu'en cas de cession et tant que le prix de cession n'est pas intégralement payé, « le cessionnaire ne peut, à l'exception des stocks, aliéner ou donner en location gérance les biens corporels ou incorporels qu'il a acquis »²⁰⁶. Néanmoins, la portée exacte de cette indisponibilité, prévue par la loi afin d'éviter que le cessionnaire ne règle le prix de la cession avec les biens cédés, reste discutée²⁰⁷.

97. Concernant ensuite les droits sociaux, l'article L. 631-10, alinéa 1 du code de commerce dispose qu'à compter du jugement d'ouverture du redressement judiciaire « les parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital de la personne morale qui a fait l'objet du jugement d'ouverture et qui sont détenus, directement ou indirectement par les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, ne peuvent être cédés, à peine de nullité, que dans les conditions fixées par le tribunal ». L'objet de cette disposition est d'empêcher que les dirigeants ne quittent la société en récupérant la valeur de leurs droits sociaux.

B. L'indisponibilité des biens à caractère personnel

98. Certains biens de l'entrepreneur individuel, en raison de leur caractère personnel, sont insaisissables (1). Cependant, malgré leur caractère personnel, la loi admet leur saisie de certains cas (2).

1. Les biens indisponibles pouvant être saisis

99. Certains biens de l'entrepreneur individuel sont saisissables malgré l'indisponibilité dont ils sont frappés. En effet, l'article L. 112-3 du CPCE dispose que « les immeubles par destination ne peuvent être saisis indépendamment de l'immeuble, sauf pour paiement de leur prix ». Les immeubles par destination sont en effet des biens meubles qui sont rattachés à « l'immeuble de manière fixe et dont la séparation de l'immeuble nécessite un descellement, un démontage, une dénaturation des lieux ». En France, ils sont consacrés en premier lieu à l'article 517 du Code civil²⁰⁸. Ces biens meubles qui sont rattachés à l'immeuble ne peuvent être saisis indépendamment de celui-ci.

²⁰⁶ Art. L. 642-9, C. com.

²⁰⁷ V. à ce propos, R. Perrot et Ph. Théry, op. cit., n° 148, p. 157 et 158.

²⁰⁸ Aux termes de l'art. 517, C. civ., « les biens sont immeubles, ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auquel ils s'appliquent ».

Mais, l'affectation d'un bien meuble par l'entrepreneur individuel au service d'un immeuble n'interdit pas de le saisir. La loi prévoit la saisie des immeubles par nature dans deux cas. D'une part, l'immeuble par destination ne peut être saisi, « sauf pour le paiement de son prix », c'est-à-dire lorsque le créancier poursuivant est le vendeur du bien. En effet, l'article L. 112-3 du CPCE dispose que « les immeubles par destination ne peuvent être saisis indépendamment de l'immeuble, sauf pour paiement de leur prix ». Dans ces cas, il appartient à l'entrepreneur individuel d'apporter la preuve que les biens meubles ont été affectés au service d'un fonds dont il est propriétaire. A défaut, les biens meubles pourront être saisis isolément²⁰⁹.

D'autre part, le bien meuble peut être saisi dans le cadre d'une saisie immobilière. L'immeuble par destination faisant partie dans l'immeuble auquel il est rattaché, le bien meuble est, en principe, compris dans la saisie immobilière de l'immeuble dont il dépend. La même solution s'impose pour les droits réels qui ne peuvent être saisis indépendamment du fonds auquel ils se rapportent comme les servitudes foncières.

2. L'indisponibilité des biens ne pouvant être saisis

100. En raison de leur caractère personnel, certains droits dont dispose l'entrepreneur individuel sont inaliénables et donc insaisissables. Ainsi, malgré l'indisponibilité du droit moral de l'entrepreneur individuel sur son œuvre, les revenus tirés de l'exploitation de l'œuvre sont saisissables²¹⁰ dans les limites déterminées par la loi²¹¹. En effet, l'article L. 333-2 du Code de la propriété intellectuelle dispose que « sont insaisissables, dans la mesure où elles ont un caractère alimentaire, les sommes dues, en raison de l'exploitation pécuniaire ou de la cession des droits de propriété littéraire ou artistique, à tous auteurs, compositeurs ou artistes ainsi qu'à leur conjoint survivant contre lequel n'existe pas un jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée, ou à leurs enfants mineurs pris en leur qualité d'ayants cause ». La jurisprudence admet également la vente forcée du support matériel de l'œuvre²¹². En revanche, la loi prohibe la saisie d'une création originale non encore divulguée par son auteur dans la mesure où elle attache à la faculté de divulguer l'exercice du droit moral que seul l'auteur dispose²¹³.

²⁰⁹ Cass. 2^e civ., 3 juill. 1996, n° 94-15.595.

²¹⁰ Art. L. 121-1, C. propr. intell.

²¹¹ V. à cet effet, l'art. L. 333-2 du C. propr. intell.

²¹² Cass. 1^{re} civ., 18 mars 1971, Bull. civ. I, n° 93, p. 76 ; Cass. 1^{re} civ., 5 juill. 2005, n° 03-16.696, Bull. civ. I, n° 293, p. 244.

²¹³ L. 121-2, C. propr. intell.

101. L'entrepreneur individuel peut également disposer d'un droit de jouissance légal des père et mère sur les biens de leurs enfants de moins de 16 ans. Ce droit est en, principe, indisponible et insaisissable²¹⁴. L'indisponible résulte du fait que ce droit est « grevé de charges que seuls les père et mère ont qualité pour remplir (comme l'entretien ou l'éducation des enfants) »²¹⁵. Les revenus de ces biens sont aussi insaisissables « mais seulement dans la mesure où ils sont nécessaires à ces charges »²¹⁶.

102. La solution vaut également pour les droits d'usage et d'habitation²¹⁷. La jurisprudence considère que ces droits « sont, par leur nature même et aussi à raison de la situation respective des parties contractantes, des droits exclusivement attachés à la personne du bénéficiaire ; qu'ils ne sauraient, dès lors, ni être attribués en nature, ni être convertis en argent au profit d'un autre que celui pour lequel ils ont été constitués »²¹⁸.

103. Il en est de même des droits conférés au conjoint survivant sur le logement par la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001²¹⁹. En effet, le conjoint survivant bénéficie d'un droit temporaire au logement²²⁰. La loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 est venue étendre ce droit au partenaire survivant d'un Pacs²²¹. Ainsi, « si à l'époque du décès, le conjoint successible occupe effectivement, à titre d'habitation principale, un logement appartenant aux époux ou dépendant totalement de la succession, il a de plein droit, pendant une année, la jouissance gratuite de ce logement, ainsi que du mobilier, compris dans la succession, qui le garnit »²²². A cet effet, l'entrepreneur individuel peut au moment du décès de son conjoint bénéficier de l'indisponibilité du logement de famille pendant une année à la suite du décès de son conjoint. Ce droit de jouissance conféré par cette indisponibilité temporelle ne constitue pas un droit successoral mais un droit matrimonial²²³ ce qui tend à le

²¹⁴ Art. 383 et 384, C. civ.

²¹⁵ V. M. Donnier et J.-B., Voies d'exécution et procédures de distribution, Coll. Manuel, Litec, 8^{ème} éd., n° 253, p. 84.

²¹⁶ V. Ph. Hoonakker, Procédures civiles d'exécution, Coll. Manuel, paradigme, 2010, n° 69, p. 33

²¹⁷ V. à ce propos, S. Piedelièvre, Rép. Dalloz, Usage-habitation, spéc. n° 9, p. 2 ; D. Grillet-Ponton, L'organisation de l'insolvabilité en droit patrimonial de la famille, D. 1996, chr., p. 339, spéc. n° 9 ; v. aussi art. 631 et 634, C. civ.

²¹⁸ Cass. civ., 5 août 1878, DP 1879, 1, p. 75 ; v. également CA Montpellier, 20 janv. 1925, DH 1925, p. 262 ; CA Paris, 21 mars 1928, Gaz. pal. 1928, 1, p. 711 ; Cass. 1^{re} civ., 11 juill. 1962, Bull. civ. I, n° 362 ; Cass. 3^e civ., 10 nov. 1993, n° 91-11.326

²¹⁹ V. à ce propos, F. Vauvillé, Les droits au logement du conjoint survivant, Defrénois 2002, art. 37608, p. 1286

²²⁰ N. Levillain, Le droit au logement temporaire du conjoint survivant, JCP N, 2002, n° 1440, p. 1076

²²¹ J.-F. Sagaut, « Le logement après le décès », AJ Fam. 2008, p. 368 ; art. 515-6, al. 3, C. civ.

²²² C. civ., art. 763, al. 1.

²²³ C. civ., art. 736, al. 3.

rapprocher de l'article 215 du Code civil²²⁴. Toutefois, le caractère d'ordre public du droit de jouissance du logement de famille après le décès du conjoint²²⁵ permet à certains auteurs d'affirmer que « l'ordre public familial bloque pendant douze mois l'action des créanciers saisissants, (...) »²²⁶.

Cette analyse est confortée par la nature du droit auquel peut prétendre le conjoint survivant. Ce dernier dispose d'un délai d'un an à partir du décès pour manifester sa volonté de bénéficier d'un droit viager au logement qui prendra la suite du droit temporaire²²⁷. L'article 764, alinéa 1^{er} du Code civil précise que « sauf volonté du défunt exprimée dans les conditions de l'article 971, le conjoint successible qui occupait effectivement, à l'époque du décès, à titre d'habitation principale, un logement appartenant aux époux ou dépendant totalement de la succession, a sur ce logement, jusqu'à son décès, un droit d'habitation et un droit d'usage sur le mobilier, compris dans la succession, le garnissant »²²⁸. Confortée par l'article 764 du Code civil qui renvoie aux dispositions des articles 627, 631, 634 et 635, alinéa 4, ces dispositions impliquent l'insaisissabilité du droit viager au logement de famille. Certains auteurs estiment que « ce caractère rend le droit viager du conjoint opposable aux créanciers tant chirographaires qu'hypothécaires qui prétendraient saisir le logement pour rentrer dans leurs fonds. Sous ce rapport le logement familial se trouve mieux défendu par l'article 764 après le décès de l'époux prémourant qu'il ne l'était de son vivant par l'article 215, alinéa 3 »²²⁹.

En outre, l'indisponibilité des biens contenus dans le patrimoine de l'entrepreneur individuel peut résulter des insaisissabilités édictées en vertu de la protection de l'intérêt général ou dans le seul but de favoriser l'intérêt de l'entrepreneur individuel. D'autres insaisissabilités découlent de la simple volonté de l'entrepreneur individuel ou des tiers.

²²⁴ Aux termes de l'art. 215, C. civ., « les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie. La résidence de la famille est au lieu qu'ils choisissent d'un commun accord. Les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni. Celui des deux qui n'a pas donné son consentement à l'acte peut en demander l'annulation : l'action en nullité lui est ouverte dans l'année à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus d'un an après que le régime matrimonial s'est dissous ».

²²⁵ C. civ., art. 763, al. 4.

²²⁶ P. Catala, J.-Cl. Droit civil, art. 756 à 767, Fasc. 20, n° 19.

²²⁷ Levillain N., Le droit viager au logement du conjoint survivant, JCP N 2003, n° 1043, p. 101.

²²⁸ L'article 971 dispose que « Le testament par acte public est reçu par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins ».

²²⁹ P. Catala, op. cit., n° 52, v. également en ce sens, C. Lesbats, Le droit viager au logement et l'option du conjoint survivant, JCP N, 2005, p. 1078, spéc. n° 15.

SECTION II.

LES EXCEPTIONS AU DROIT DE GAGE GENERAL DES CREANCIERS

104. Au nom du principe de l'unité du patrimoine, l'entrepreneur individuel répond de ses engagements sur tout son patrimoine. Ainsi, tous ses biens ont vocation à répondre de son passif. L'indivisibilité du patrimoine impliquant nécessairement l'indivisibilité du droit de gage général des créanciers, n'importe quel bien contenu dans le patrimoine de l'entrepreneur individuel peut être saisi en cas de défaillance de ce dernier. Toutefois, d'une part, pour des raisons justifiées par la protection de l'intérêt général ou dans le souci de protéger l'entrepreneur individuel, certains biens sont soustraits de la poursuite des créanciers par le législateur (Paragraphe 1). D'autre part, l'insaisissabilité résulte de la seule volonté de l'entrepreneur individuel ou des tiers (Paragraphe 2).

§ 1. LES INSAISSABILITES D'ORIGINE LEGALE

105. L'indisponibilité doit être distinguée de l'insaisissabilité. Les biens indisponibles étant en principe saisissables, leur indisponibilité résulte de situations ou de circonstances antérieures qui les rendent insaisissables à l'égard des créanciers. Il en est ainsi également à propos des biens communs dont les règles du régime de la communauté soustraient à la poursuite des créanciers personnels de l'entrepreneur individuel. Ainsi, certains biens sont déclarés insaisissables en vertu de la protection de l'intérêt général (A) tandis que d'autres le sont pour assurer la protection de l'entrepreneur individuel (B).

A. L'insaisissabilité édictée en vertu de la protection de l'intérêt général

106. L'intérêt général sert souvent de fondement à la soustraction de certains biens au droit de poursuite des créanciers. En vertu de l'article 51 de l'AUVE, les Etats membres de l'OHADA ont édicté des règles d'insaisissabilité destinées à protéger les biens de certaines personnes²³⁰ ou de certaines institutions²³¹. D'autres dispositions légales prévoient l'insaisissabilité de certains biens en

²³⁰ L'art. 51, AUVE dispose à cet effet que « les biens et droits insaisissables sont définis par chacun des États parties », v. sur ce point M. SOH, *Insaisissabilités et immunités d'exécution dans la législation OHADA ou le passe-droit de ne pas payer ses dettes*, *Juridis Périodique* n°51-2002, pp.89 et s. ; M. Samb, *Biens et droits insaisissables*, in *Encyclopédie du droit OHADA*, P.-G. Pougoué (sous dir.), Lamy, 2011, p. 440 et s.

²³¹ V. G. Kenfack-Douanjni, *Propos sur l'immunité d'exécution et les émanations des Etats*, rev. Cam. arb. n°30-2005, p.3, www.OHADA.com/ohadata D-08-59. V. aussi à propos des personnes morales de droit public, F. M. Sawadogo, *La question de la saisissabilité ou de l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques en droit OHADA (A propos de l'arrêt de la CCJA du 7 juillet 2005, Affaire Aziablévi YOVO et autres contre Société TOGO Télécom)*, www.OHADA.com/ohadata D-07-16; G. Kenfack-Douanjni, *L'exécution forcée contre les personnes morales de droit public dans l'espace OHADA*, op. cit., p. 3et s.

raison de leur caractère inaliénable. Il en est ainsi des droits de la personnalité ou encore d'autres biens attachés exclusivement à la personne de l'entrepreneur individuel tels que les droits d'usage et d'habitation, l'usufruit des parents sur les biens de leurs enfants ainsi que les souvenirs de famille. En fait, l'insaisissabilité dans cette hypothèse résulte du caractère extrapatrimonial attaché à ces biens ou droits. Cependant, la protection des effets de commerce (1) ou des biens destinés à l'intérêt collectif (2) est justifiée par des raisons d'ordre public économique.

1. L'insaisissabilité des effets de commerce

107. En droit français, la loi et la jurisprudence ont entendu protéger l'intérêt général en consacrant l'insaisissabilité des effets de commerce pour favoriser leur circulation. Les chèques, les lettres de change et les billets à ordre sont exclus du domaine de la saisie. Ainsi, les effets de commerce dont dispose l'entrepreneur individuel sont insaisissables. Cette solution est justifiée par le fait que leur immobilisation s'accompagne mal avec l'intérêt du crédit. La saisie des effets de commerce entraverait leur libre circulation et porterait préjudice à la chaîne des endosseurs²³². Ils perdraient ainsi leur efficacité et la sécurité juridique qu'ils conféraient au porteur. C'est ainsi qu'en droit camerounais, le code commerce interdit l'opposition « contre le porteur d'un effet de commerce qui souhaite obtenir paiement »²³³.

2. L'insaisissabilité des biens nécessaires à l'intérêt collectif

108 Au nom de l'intérêt général, la loi interdit également la saisie des navires marchands. En effet, en France et dans l'espace OHADA, la plupart des pays membres consacrent dans leurs législations nationales l'insaisissabilité des navires lorsqu'ils sont « prêt à appareiller ou à faire voile exception faite pour les navires non munis d'expéditions pour le voyage »²³⁴.

109. C'est aussi au nom de cet intérêt général que beaucoup de pays membres de l'OHADA ont édicté des règles destinées à protéger certains biens ou droits. Le décret du 5 novembre 1979 fixant le statut des notaires du Sénégal interdit la saisie des offices ministériels afin de « donner au public la confiance que doivent avoir leurs titulaires »²³⁵. En effet, les offices ministériels sont insaisissables. Ils sont également indisponibles et ne peuvent se transmettre qu'avec l'agrément de l'autorité

²³² V. M. Soh, *Insaisissabilités et immunités d'exécution dans la législation OHADA ou le passe-droit de ne pas payer ses dettes*, op. cit., n° 51, 2002, p. 92.

²³³ Art. 185, C. com. Cam. V. aussi M. Samb, *Biens et droits insaisissables*, in *Encyclopédie du droit OHADA*, op. cit., p. 440 et s.

²³⁴ A ce propos, v. M. Samb, op. cit. p. 447.

²³⁵ Art. 111, Décr. n° 79-1029, 5 nov. 1979. V. aussi M. Samb, op. cit. p. 445.

publique concernée, suivant la distinction classique entre le titre et la finance. Il en résulte que les créanciers de l'officier ministériel ne peuvent pas saisir le titre lui-même.

L'insaisissabilité des offices ministériels est également prévue en droit français²³⁶. En revanche, la loi française dispose que les créanciers peuvent faire valoir leurs droits sur la finance, c'est-à-dire sur la valeur du droit de présentation du successeur. En effet, la loi du 28 avril 1816 modifiée par la loi du 25 janvier 2011 précise en son article 32 que «les avocats à la Cour de cassation, notaires, greffiers, huissiers, agents de change, courtiers, commissaires-priseurs pourront présenter à l'agrément du Président de la République des successeurs, pourvu qu'ils réunissent les qualités exigées par les lois. Cette faculté n'aura pas lieu pour les titulaires destitués. Les successeurs présentés à l'agrément, en application du présent alinéa, peuvent être des personnes physiques ou des sociétés civiles professionnelles »²³⁷. Mais, les créanciers ne peuvent faire valoir leurs droits qu'à compter du jour où l'agrément ministériel a été donné. La Cour de cassation considère, en effet, que l'agrément ministériel constitue « un élément légal de la convention » et qu'auparavant la créance saisie reste purement éventuelle et donc insaisissable²³⁸. La saisie pourra ainsi être faite « sur le prix que le successeur devra à l'officier en contrepartie de sa présentation au garde des Sceaux en vue de son agrément »²³⁹.

La solution est cependant beaucoup plus compliquée lorsqu'il s'agit de la saisie et la vente forcée des parts de sociétés civiles professionnelles d'officiers publics ou ministériels²⁴⁰. Par une série de décrets, le pouvoir réglementaire a introduit une disposition suivant laquelle « les parts sociales ne peuvent être ni données en nantissement, ni vendues aux enchères publiques ». Cette restriction au droit de disposer des parts concerne les sociétés de notaires²⁴¹, les SCP d'huissiers de justice²⁴², les SCP d'avoués²⁴³, les SCP de commissaires-priseurs²⁴⁴, les SCP d'avocats²⁴⁵. Une disposition

²³⁶ Loi du 28 avril 1816, modifiée par la loi n° 2011-94 du 25 janvier 2011 portant réforme de la représentation devant les cours d'appel, JORF n°0021 du 26 janvier 2011 p. 1544.

²³⁷ Loi du 28 avril 1816, art. 91, Loi du 28 avril 1816 sur les finances, modifiée par l'art. 32, Loi n°2011-94 du 25 janvier 2011.

²³⁸ Cass. 2e civ., 11 mai 2000, nos 97-12.362, 97-12.423 et 97-15.736, Bull. civ. II, n° 77.

²³⁹ Hoonakker Ph., Procédures civiles d'exécution op. cit., n° 70, p. 33.

²⁴⁰ V. E. Putman, Les nouvelles dispositions sur la vente des parts de sociétés civiles et d'exercice libéral et leur incidence en matière de saisie, LPA 20 avr. 1994, no 47 ; J.-J. Daigre, La saisie et la vente forcée des parts de SCP d'officiers publics ou ministériels sont-elles possibles ? A propos d'un jugement du tribunal de grande instance de Grasse du 26 décembre 1990, Rev. huissiers 1992, p. 121.

²⁴¹ Art. 14, al. 1, Décr. n° 67-868, 2 oct. 1967.

²⁴² Art. 14, al. 1, Décr. n° 69-1274, 31 déc. 1969 ; Décr. n° 92-1448 du 30 déc. 1992.

²⁴³ Art. 14, al. 1, Décr. n° 69-1057, 20 nov. 1969.

²⁴⁴ Art. 14, al. 1, Décr. n° 69-763, 24 juill. 1969.

identique vise les sociétés d'exercice libéral de notaires²⁴⁶, d'huissiers de justice²⁴⁷. Toutefois, cette interdiction de nantir et de vendre aux enchères publiques a donné lieu à une jurisprudence ambiguë de la Cour de cassation. Dans un arrêt du 4 novembre 2003, la première chambre civile a considéré qu'une telle interdiction n'emportait pas, en principe, l'insaisissabilité des parts car une telle insaisissabilité ne pouvait résulter que de la loi. Néanmoins, elle a jugé que la saisie-vente de parts d'une société civile professionnelle de notaires entraîne la cession forcée et, « l'exigence de l'agrément préalable du cessionnaire par le garde des Sceaux est incompatible avec une telle cession »²⁴⁸. Cette solution a été vivement critiquée par la majorité de la doctrine car elle permet de saisir les parts de société dès lors que le débiteur n'est pas officier ministériel. Par contre, lorsqu'un agrément est exigé, la double proposition de la Cour de cassation est difficilement conciliable. A moins d'y voir une insaisissabilité de fait, il faut admettre que le créancier poursuivant a le droit de saisir les parts mais que la procédure ne peut aller jusqu'à l'adjudication. La saisie, notamment conservatoire, présenterait alors l'intérêt de rendre les parts indisponibles obligeant à terme le débiteur titulaire des parts à les vendre à l'amiable après avoir obtenu l'agrément²⁴⁹.

Un arrêt rendu le 21 juin 2007 par la Cour de cassation²⁵⁰ est venu consacrer cette proposition. Dans cette affaire, une saisie conservatoire des droits d'associés a été pratiquée sur les parts sociales détenues par un notaire associé dans une société civile professionnelle. La deuxième chambre civile précise que les bénéfices distribuables attachés aux parts saisies sont des droits pécuniaires que la saisie conservatoire a rendu indisponibles en vertu des articles L. 521-1, R. 232-8 et R. 524-3 du CPCE. Dès lors, une saisie-attribution pratiquée postérieurement sur ces avoirs ne peut, pour le moins, produire son effet attributif. La précision concernant le sort des dividendes est utile, mais l'arrêt qui tranche un concours de saisies n'aborde pas la question préalable de la saisissabilité des parts. Toutefois, l'indisponibilité des parts résultant de la saisie conservatoire peut durer indéfiniment sans qu'aucun créancier du débiteur ne puisse saisir les dividendes attachés aux parts²⁵¹.

Ces mesures d'insaisissabilité visant à protéger l'intérêt du commerce profitent à l'entrepreneur individuel, qui par le jeu de l'irrecevabilité ou de la nullité de ces saisies, voit une bonne partie de ses

²⁴⁵ Art; 13, al. 1, Décr. n° 92-680, 20 juill. 1992.

²⁴⁶ Art. 19, al; 2; Décr. n° 93-78, 13 janv. 1993.

²⁴⁷ Art. 19, al. 2, Décr. n° 92-1448, 30 déc. 1992.

²⁴⁸ Cass. 1re civ., 4 nov. 2003, n° 99-13.965, Bull. civ. I, n° 222, D. 2004, p. 521, note G. Taormina; Defrénois 2004, art. 37946, n° 46, p. 727, obs. Ph. Théry ; Dr. et proc. 2004, jur., p. 104, note Ph. Hoonakker ; RTD com. 2004, p. 115, obs. M.-H. Monsérié-Bon et L. Grosclaude ; RD banc. 2004, p. 35, note J.-M. Dellici.

²⁴⁹ V. en ce sens, E. Putman, Ph. Théry, op. cit., p. 730.

²⁵⁰ Cass. 2e civ., 21 juin 2007, n° 06-13.386, Bull. civ. II, n° 170 ; v. aussi, Cass. 2e civ., n° 09-69.867 du 21 oct. 2010.

²⁵¹ Cass. 2e civ. 21 oct. 2010, n° 69.867.

biens échapper à la poursuite des créanciers. En effet, il est normal que l'intérêt du créancier s'efface devant l'intérêt général jugé supérieur. Mais, il arrive que l'insaisissabilité édictée soit justifiée par la protection de l'intérêt personnel de l'entrepreneur individuel

B. L'insaisissabilité édictée en vertu de l'intérêt personnel

110. Afin d'assurer un minimum vital à l'entrepreneur individuel, la loi interdit la saisie des biens indispensables à sa subsistance (1) ainsi que les revenus y afférent (2).

1. Les biens indispensables à la subsistance de l'entrepreneur individuel

111. Aussi bien dans l'espace OHADA qu'en droit français, certains textes protègent les intérêts du débiteur en rendant insaisissables des biens ayant un caractère vital pour l'intéressé. En effet, les biens indispensables à la vie et au travail de l'entrepreneur individuel sont en principe insaisissables. Le code des procédures civiles d'exécution dispose, à cet effet, que sont insaisissables les biens « nécessaires à la vie et au travail du saisi et de sa famille »²⁵². Ce code dresse la liste des biens insaisissables, jugés nécessaires à la vie et au travail du saisi²⁵³. Seuls, les créanciers qui ont prêtés des sommes pour les acheter, fabriquer ou réparer peuvent les saisir²⁵⁴. Toutefois, la loi prévoit des

²⁵² V. art. L. 112-2, 5°, CPCE.

²⁵³ En effet, « Pour l'application du 5° de l'article L. 112-2, CPCE sont insaisissables comme étant nécessaires à la vie et au travail du débiteur saisi et de sa famille :

- 1° Les vêtements ;
- 2° La literie ;
- 3° Le linge de maison ;
- 4° Les objets et produits nécessaires aux soins corporels et à l'entretien des lieux ;
- 5° Les denrées alimentaires ;
- 6° Les objets de ménage nécessaires à la conservation, à la préparation et à la consommation des aliments ;
- 7° Les appareils nécessaires au chauffage ;
- 8° La table et les chaises permettant de prendre les repas en commun ;
- 9° Un meuble pour ranger le linge et les vêtements et un autre pour ranger les objets ménagers ;
- 10° Une machine à laver le linge ;
- 11° Les livres et autres objets nécessaires à la poursuite des études ou à la formation professionnelle ;
- 12° Les objets d'enfants ;
- 13° Les souvenirs à caractère personnel ou familial ;
- 14° Les animaux d'appartement ou de garde ;
- 15° Les animaux destinés à la subsistance du saisi ainsi que les denrées nécessaires à leur élevage ;
- 16° Les instruments de travail nécessaires à l'exercice personnel de l'activité professionnelle ;
- 17° Un poste téléphonique permettant l'accès au service téléphonique fixe ou mobile ».

²⁵⁴ « Les biens énumérés à l'article R. 112-2, CPCE ne sont saisissables pour aucune créance, si ce n'est pour paiement des sommes dues à leur fabricant ou vendeur ou à celui qui a prêté pour les acheter, fabriquer ou réparer », art. R- 112-3, CPCE ; V. aussi, art. 238, CPCC ; 1214 al. 1, CPCB.

situations dans lesquelles ces biens peuvent être saisis. Ils peuvent être saisis s'ils se trouvent dans un lieu autre que celui où le saisi demeure ou travaille habituellement ou s'ils sont des biens de valeur. Ils deviennent également saisissables lorsqu'ils perdent leur caractère de nécessité en raison de leur qualité ou s'ils constituent des éléments corporels d'un fonds de commerce. Par contre, l'insaisissabilité touchant certains biens est absolue.

112. En droit de l'OHADA, le législateur renvoie aux législations nationales pour la détermination des biens ou droits insaisissables. Ainsi, certaines dispositions nationales dressent la liste des biens insaisissables en vue de laisser au saisi un minimum vital. Les articles 327 du code de procédure civile et commerciale camerounais et 382 du code de procédure civile sénégalais dressent également la liste des biens insaisissables destinés à préserver la dignité de la personne. En fait, la protection des droits fondamentaux de l'entrepreneur individuel et des personnes vivant avec lui priment, ici, sur les droits et intérêts des créanciers. A cet effet, à l'instar de l'article R. 112-2 du code des procédures civiles d'exécution, les articles 327-2 du code de procédure civile camerounais et 271-2 du code de procédure civile ivoirien interdisent également aux créanciers la saisie des biens nécessaires à la vie quotidienne de l'entrepreneur individuel²⁵⁵.

En outre, le matériel professionnel de l'entrepreneur individuel est également insaisissable. En effet, selon l'article R. 112-2 du code de procédures civiles d'exécution sont insaisissables, « les instruments de travail nécessaires à l'exercice personnel de l'activité professionnelle ». Les livres et les objets relatifs à la poursuite de l'activité de l'entrepreneur individuel le sont également²⁵⁶. Mais contrairement au droit français, le droit camerounais et ivoirien limite cette insaisissabilité. En effet, les livres relatifs à la profession du saisi jusqu'à la somme de 20 000 frs » sont insaisissables²⁵⁷.

2. Les revenus indispensables à la subsistance de l'entrepreneur individuel

113. Parmi les biens insaisissables figurent également les mobiliers incorporels. Ainsi, les créances ayant un caractère alimentaire et une fraction des rémunérations du travail « sauf pour le paiement des aliments déjà fournis par le saisissant à la partie saisi »²⁵⁸ sont insaisissables. L'article 52 de

²⁵⁵ Ainsi, ne peut être saisi, le coucher nécessaire des saisis, ceux de leurs enfants vivant avec eux ; les habits dont les saisis sont vêtus et couverts, les denrées alimentaires nécessaires à la consommation du saisi, ainsi que les ustensiles indispensables à la préparation des aliments et des repas. V. aussi, art. 327-8 CPCC, 271-8 CPCI, 1213 CPCB et art. 705 al. 1, 3 et 4, CPCS, Décr. n° 99-254/P-RM, 15 sept. 1999.

²⁵⁶ V. aussi art. 705 al. 2, CPCS

²⁵⁷ Art. 327 CPCC et 271, CPCI. V. à ce propos, S. S. Kuate Tameghe, Les mystères des articles 50 alinéa 1 et 51 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, op. cit., p. 192 et s.

²⁵⁸ Art L. 112-2, CPCE. À ce propos, l'alinéa 3 de l'article 2 du décret camerounais du 9 mai 1994 relatif aux retenues sur salaires dispose qu'en matière de paiement de dettes alimentaires, « le mensuel courant de la pension alimentaire est, à

.../...

l'AUVE dispose à cet effet que les créances insaisissables dont le montant est versé sur un compte demeure insaisissables. La protection du minimum vital serait, en effet, inefficace si le versement des sommes concernées sur un compte entraînait leur saisissabilité. Aussi, l'article R. 112-5 du code des procédures civiles d'exécution français prévoit que « lorsqu'un compte est crédité du montant d'une créance insaisissable en tout ou partie, l'insaisissabilité se reporte à due concurrence sur le solde du compte ». L'entrepreneur individuel peut ainsi demander la mise à disposition des sommes insaisissables versées sur le compte. Cette mise à disposition doit intervenir immédiatement ou dans un délai de quinze jours après que toutes les opérations en cours soient effectuées. En effet, « lorsque les sommes insaisissables proviennent de créances à échéance périodique, telles que rémunérations du travail, pensions de retraite, sommes payées à titre d'allocations familiales ou d'indemnités de chômage, le titulaire du compte peut, sur justification de l'origine des sommes, en demander la mise à disposition immédiate, déduction faite des opérations venues en débit du compte depuis le dernier versement de la créance insaisissable »²⁵⁹.

Cette insaisissabilité s'applique en principe à toutes les sommes dues à l'entrepreneur individuel au titre de sa rémunération sans qu'il soit tenu compte de la nature ou de l'origine de cette rémunération. Cependant, s'agissant du paiement de dettes d'aliments, le décret camerounais du 9 mai 1994 relatif aux retenues sur salaires dispose qu'en matière de paiement de dettes alimentaires, « le mensuel courant de la pension alimentaire est, à chaque échéance, prélevé intégralement sur la fraction insaisissable du salaire »²⁶⁰. Cette solution risque de porter préjudice à l'efficacité et à la protection du minimum vital recherchée dans l'insaisissabilité de la fraction insaisissable du salaire. En effet, dans l'hypothèse où plusieurs créanciers exerceraient en même temps leurs droits, l'entrepreneur individuel risque de se retrouver privé du minimum vital que la loi a l'obligation de lui assurer²⁶¹.

Toutefois, l'AUVE précise que le total des sommes déclarées insaisissables ou volontairement cédées ne peut, en aucun cas, fut-ce pour les dettes alimentaires, excéder un seuil fixé par chaque État partie »²⁶².

chaque échéance, prélevé intégralement sur la fraction insaisissable du salaire ». Toutefois, l'AUVE précise que « le total des sommes déclarées insaisissables ou volontairement cédées ne peut, en aucun cas, fut-ce pour les dettes alimentaires, excéder un seuil fixé par chaque État partie ».

²⁵⁹ V. art. R. 162-4, CPCE, V. aussi l'art. R. 162-5, CPCE pour les créances à échéance non périodique.

²⁶⁰ Art. 2 al. 3, Déc. cam. n° 94/197/PM du 9 mai 1994 relatif aux retenus sur salaire.

²⁶¹ V. à ce propos, Ph. Théry qui soulignait que « l'image du pélican apportant son cœur à sa progéniture ne relève pas du droit, lequel s'en tient à des considérations plus quotidiennes et moins héroïques : pour que les créanciers vivent, il faut que le débiteur survive », Ph. Théry, L'après jugement, aspects sociologiques, in Archives phil. droit, t. 39, p. 259, n° 20. V. aussi, S. S. Kuate Tameghe, op. cit. p. 209 et s.

²⁶² Art. 177 al. 3, AUVE.

§ 2. LES INSAISSABILITES D'ORIGINE VOLONTAIRE

114. En dehors de toute volonté législative, certains biens de l'entrepreneur individuel peuvent être déclarés insaisissables. Cette insaisissabilité peut résulter de la volonté d'un tiers (A) ou de l'entrepreneur individuel lui-même en ayant recours à certains actes dont les effets peuvent rendre insaisissables les biens qui en sont l'objet (B).

A. L'insaisissabilité résultant de la volonté d'un tiers

115. L'insaisissabilité peut résulter de la volonté d'un tiers. Ce dernier peut insérer une clause d'insaisissabilité dans un testament ou une donation afin de rendre insaisissable les biens légués ou donnés (1). L'insaisissabilité peut également résulter d'une clause d'inaliénabilité insérée dans un contrat qui aura pour effet de rendre insaisissable le bien frappé d'une telle clause (2).

1. La clause d'insaisissabilité insérée dans un contrat

116. En dehors des cas dans lesquels la loi permet à l'entrepreneur individuel de mettre certains biens de son patrimoine à l'abri de ses créanciers professionnels²⁶³, l'insaisissabilité des biens contenus dans le patrimoine de celui-ci résulte parfois de la volonté d'un tiers²⁶⁴. Le donateur ou le testateur peut, dans une donation ou un legs, déclarer insaisissable les biens donnés ou légués à l'entrepreneur individuel²⁶⁵. Cette possibilité offerte au donateur ou au légataire résulte de l'article L. 112-2, 4° du code des procédures civiles d'exécution. En effet, sont insaisissables « les biens disponibles déclarés insaisissables par le testateur ou le donateur, si ce n'est, avec la permission du juge et pour la portion qu'il détermine, par les créanciers postérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs »²⁶⁶.

117. L'article 315 du code de procédure civile camerounais dispose également que sont insaisissables les sommes et objets disponibles déclarés insaisissables par le testateur ou le donateur²⁶⁷. L'inaliénabilité résultant le plus souvent dans des clauses insérées dans certains actes juridiques rend insaisissables les biens donnés ou légués. Ainsi, ni le bénéficiaire, ni les créanciers de ce dernier ne peuvent contester celle-ci. Elle se justifie par le fait que sans la donation ou le legs ni l'entrepreneur individuel ni ses créanciers n'auraient de droits sur les biens donnés ou légués.

²⁶³ V. Titre II.

²⁶⁴ V. H. Conchon, Les clauses d'inaliénabilité : l'intérêt légitime à l'épreuve du temps, *pa*, n° 75, 15 avr. 2002, p. 6.

²⁶⁵ V. Wagner, La clause d'inaliénabilité dans les donations et les legs, *RTD civ.*, 1907, p. 311.

²⁶⁶ Plusieurs lois nationales dans l'espace OHADA consacrent la même disposition.

²⁶⁷ V. également le code de procédure civile sénégalais qui déclare insaisissables « les sommes et objets disponibles déclarés insaisissables par le testateur ou le donateur ; les sommes et pensions pour aliments encore que le testament ou l'acte de donation ne les déclarent pas insaisissables », art. 382 al. 3 et 4.

118. En droit OHADA, l'acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution renvoie aux dispositions nationales qui ont consacré, à l'instar du droit français, cette insaisissabilité résultant de la volonté d'un tiers. Cependant, la lecture de l'article 51 de l'AUVE laisse penser que le législateur communautaire s'oppose aux insaisissabilités résultant de la volonté individuelle. Aux termes dudit article, « les biens et droits insaisissables sont définis par chacun des Etats parties »²⁶⁸. Il ne faut pas en conclure que l'acte uniforme s'oppose aux insaisissabilités découlant de la volonté individuelle. Au contraire, le droit OHADA laisse à la loi nationale de chaque Etat partie le soin de déterminer la liste des biens et droits insaisissables. L'insaisissabilité résultant de déclaration d'insaisissabilité du testateur ou du donateur est conforme à la lettre et à l'esprit de l'article 51 de l'AUVE dans la mesure où sa validité est tirée des lois nationales auxquelles renvoie cette disposition. Toutefois, en raison de son caractère contraire au principe de la libre disposition des biens dont est titulaire le propriétaire du bien et la méconnaissance « de la règle selon laquelle les restrictions à cette liberté de disposer ne peuvent être établies que par la loi »²⁶⁹, certaines conditions doivent être observées pour qu'elle puisse profiter au gratifié. La jurisprudence française a dégagé deux conditions cumulatives pour la validité des clauses d'inaliénabilité que la loi de 1971²⁷⁰ est venu consacrer.

119. Si l'insaisissabilité du bien donné ou légué est opposable aux créanciers antérieurs, il en va autrement pour les créanciers postérieurs de l'entrepreneur individuel. Les créanciers de celui-ci qui auraient consenti du crédit dans l'ignorance de l'insaisissabilité peuvent se voir accorder par le juge le droit de saisir les biens frappés d'insaisissabilité dans la limite de « la portion qu'il détermine ». L'article 383 du CPC sénégalais dispose à cet effet que les objets déclarés insaisissables par le donateur ou le testateur « peuvent être saisis par les créanciers postérieurs à l'acte de donation à l'ouverture du legs et ce, en vertu d'une permission du juge et pour la portion qu'il détermine »²⁷¹. Dans cette hypothèse, il appartient au juge du fond d'apprécier souverainement l'intérêt supérieur en cause²⁷².

²⁶⁸ V. N. Diouf, op. cit. p. 1024 ; M. Samb, op. cit. p. 444.

²⁶⁹ R.-N. Schütz, L'inaliénabilité, Rép. dr. civ., D., n° 68 et s.

²⁷⁰ V. Loi n° 71-526 du 3 juill. 1971 relative aux clauses d'inaliénabilité contenues dans une donation ou un testament.

²⁷¹ V. aussi art. 365-3 et 635, C. proc. civ. gab. ; art. 271, C. proc. civ. ivoirien.

²⁷² Civ. 1^{re}, 10 juill. 1990, Bull. civ. I, n° 192 ; RTD civ. 1991.141, obs. R. Zenati.

2. La clause d'inaliénabilité insérée dans un contrat

120. La clause d'inaliénabilité peut être insérée, par un tiers, dans une donation ou un testament fait au profit de l'entrepreneur individuel. Cette clause rend insaisissables les biens transférés (a). Toutefois, cette insaisissabilité n'est pas absolue (b).

a. L'étendue de la clause d'inaliénabilité

121. Les biens reçus par l'entrepreneur individuel à la suite d'une donation ou d'un testament peuvent être affectés d'une clause qui les rend inaliénables, voire insaisissables. En effet, l'article 900-1 du Code civil permet à un testateur ou un donateur d'insérer une clause d'inaliénabilité afin de rendre indisponible les biens dont il a la libre disposition. Les clauses d'inaliénabilité sont des stipulations par lesquelles un disposant interdit au gratifié d'aliéner les biens donnés ou légués. Elles peuvent être absolues²⁷³ ou ne viser que certains actes pouvant être accompli par l'entrepreneur individuel sur les biens donnés ou légués²⁷⁴.

Ainsi, par l'effet de la clause d'inaliénabilité, les biens sont indisponibles entre les mains du gratifié et ils échappent à toute saisie de la part de ses créanciers tant que la clause est en vigueur²⁷⁵. Toutefois, la Cour de cassation a admis l'inscription d'une hypothèque²⁷⁶ judiciaire dans la mesure où la sûreté « ne tient pas en échec une clause d'inaliénabilité en ce sens qu'elle ne permet pas la saisie tant que cette clause est en vigueur »²⁷⁷.

122. La même faculté est offerte aux parties qui souscrivent un acte à titre onéreux comme par exemple une vente avec constitution de rente viagère²⁷⁸. Cette solution a pu être discutée mais, dans un arrêt du 31 octobre 2007, la Cour de cassation a très clairement réaffirmé la possibilité d'insérer de telles clauses dans les actes à titre onéreux²⁷⁹.

²⁷³ La clause d'inaliénabilité peut viser tout acte de disposition, que ce soit à titre onéreux ou à titre gratuit.

²⁷⁴ En effet, la prohibition peut n'être que relatif, le donateur ou le testateur vise à travers la clause l'interdiction de disposer uniquement au profit certaines personnes. La clause d'inaliénabilité peut également viser l'une des manières d'aliéner ou l'encadrer en la « subordonnant à son consentement ou à son absence d'opposition ».

²⁷⁵ V. Cass. 1^{re} civ., 15 juin 1994, n° 92-12.139, Bull. civ. I, n° 211, Defrénois 1995, n° 35967, p. 51, note X. Savatier ; D. 1994, jur., p. 342, note A. Leborgne ; JCP G 1995, I, n° 3876, obs. Le Guidec ; RTD civ. 1995, p. 666, obs. J. Patarin et p. 919 obs. F. Zénati ; Cass. 1^{re} civ. 8 fév. 2000, Bull. civ. I, n° 43, RTD civ. 2000, p. 383 obs. J. Patarin et p. 812 obs. J. Hauser.

²⁷⁶ Pour une hypothèque légale : Cass. 1^{re} civ., 25 juin 1980, n° 79-12.149, Bull. civ. I, n° 198, D. 1981, I.R., p. 90, obs. D. Martin, Defrénois 1981, p. 468, obs. G. Champenois, RTD civ. 1981, p. 671, obs. J. Patarin.

²⁷⁷ Cass. 1^{re} civ., 9 oct. 1985, n° 84-13.306, Bull. civ. I, n° 198, RTD civ. 1986, p. 622, obs. J. Patarin.

²⁷⁸ V. sur l'ensemble de la question : R. Marty, De l'indisponibilité conventionnelle des biens, LPA 21-22 nov. 2000

²⁷⁹ Cass. 1^{er} civ., 31 oct. 2007, Bull. civ. I, n° 337, D. 2008, p. 963, note A.-L. Thomat-Raynaud, RTD civ. 2008, p. 126 obs. T. Revet, RDC 2008/1, obs. Y.-M. Laithier, RDLC 2008/50 n° 3041, obs. Perruchot-Triboulet

123. La clause d'inaliénabilité insérée dans une donation ou dans un testament se distingue ainsi de la clause de retour qui est prévue par l'article 1048 du Code civil. Cet article prévoit qu' « une libéralité peut être grevée d'une charge comportant l'obligation pour le donataire ou le légataire de conserver les biens ou les droits qui en sont l'objet et de les transmettre, à son décès, à un second gratifié, désigné dans l'acte »²⁸⁰. La clause de retour fait peser sur le premier gratifié (le grevé) une obligation de conservation des biens afin de les transmettre à son décès au second gratifié (l'appelé). Ce qui a conduit certains à se demander si les biens ou droits compris dans une libéralité graduelle sont saisissables de la part des créanciers du grevé. Une partie de la doctrine estime que « l'inaliénabilité des biens transmis résulte de l'obligation de conservation imposée au premier gratifié. En conséquence et, par accessoire, ils sont aussi insaisissables »²⁸¹.

Mais d'autres auteurs ont considéré cette solution trop radicale en estimant que les droits du grevé « sont juridiquement ceux d'un propriétaire ordinaire, car l'ouverture des droits de l'appelé, étant subordonnée à sa survie, n'est qu'éventuelle : quoique le grevé soit tenu de conserver et de transmettre, ses actes même d'aliénation, sont inattaquables, et les biens peuvent être saisis par ses créanciers »²⁸². Cependant, par l'effet de la clause de retour, la propriété du grevé sur les biens transmis reste très limitée. Certains auteurs ne manquent pas de souligner, à cet effet, que « les tiers refuseront de traiter avec lui dans la crainte que leurs droits ne soient anéantis par l'ouverture des droits de l'appelé »²⁸³. Dans ces conditions, la saisie par les créanciers du grevé d'un bien ou droit objet d'une libéralité graduelle reste possible mais ne présente guère d'intérêt²⁸⁴.

Contrairement aux clauses de retour, les clauses d'inaliénabilité prévues par l'article 900-1 du Code civil constituent de véritables freins à la liberté de circulation des biens. C'est la raison pour laquelle, la loi et la jurisprudence ont attaché à leur validité certaines conditions qui constituent en même temps des limites.

b. Les limites de la clause d'inaliénabilité

124. Aux termes de l'article 900-1 du Code civil, « les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt légitime et

²⁸⁰ La clause de retour est introduite dans le Code civil par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006.

²⁸¹ Hoonakker Ph., Procédures civiles d'exécution op. cit., n° 75 p. 35.

²⁸² Grimaldi M., Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles, JCP N, 2006, 1387 n° 5.

²⁸³ Ibid.

²⁸⁴ En ce sens, M. Donnier et J.-B. Donnier, Voies d'exécution et procédure de distribution, 8^e éd., Litec, 2008, n° 259 à 261, p. 86 et 87.

sérieux ». Selon la jurisprudence française, il faut que l'inaliénabilité soit en vigueur au moment de la saisie²⁸⁵ et qu'elle ne concerne que les biens dont le gratifiant avait la libre disposition²⁸⁶.

Ces clauses « ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime. Même dans ce cas, le donataire ou le légataire peut être judiciairement autorisé à disposer du bien si l'intérêt qui avait justifié la clause a disparu ou s'il advient qu'un intérêt plus important l'exige »²⁸⁷. Tant que cette clause est en vigueur, ni les créanciers ne peuvent saisir le bien²⁸⁸, ni le propriétaire ne peut l'aliéner. Cependant, le créancier peut chercher à remettre directement en cause la validité de ces clauses.

L'article 900-1, alinéa 1^{er}, du Code civil subordonne la validité des clauses d'inaliénabilité à leur caractère temporaire, sans préciser de durée maximale. Il appartient à la jurisprudence de déterminer au par cas le respect de cette exigence temporelle²⁸⁹. A cet effet, elle a admis la validité d'une clause d'inaliénabilité prévue pour une durée de quarante ans²⁹⁰ et a rejeté toutes les clauses dont la durée était supérieure à l'espérance de vie du gratifié²⁹¹. Toutefois, la jurisprudence a eu, sans rechercher si la durée était supérieure ou inférieure à l'espérance de vie du gratifié, à valider des clauses ayant fixé la durée de l'inaliénabilité sur la durée de vie du donateur²⁹².

125. La seconde condition imposée par l'article 900-1, alinéa 1^{er}, du Code civil pour reconnaître la validité d'une clause d'inaliénabilité est qu'elle soit « justifiée par un intérêt sérieux et légitime ». La loi ne distinguant pas, l'intérêt peut être aussi bien moral²⁹³ que matériel²⁹⁴, celui du disposant, du

²⁸⁵ Civ. fév. 2000, D. 2000, I.R. 74.

²⁸⁶ Ibid.

²⁸⁷ Art. 900, al. 1, C. civ.

²⁸⁸ Civ. 1^{re}, 15 juin 1994, Bull. civ. I, n° 211; RTD civ. 2000. 383, obs. J. Patarin.

²⁸⁹ Au regard de la jurisprudence sur cette question, le caractère temporaire résulte de l'existence de l'affectation par le disposant d'un terme certain à la période d'inaliénabilité et que sa durée ne soit pas supérieure à la durée de vie dont le gratifié peut normalement bénéficier. Par exemple, est valable une clause interdisant toute aliénation jusqu'à la majorité du gratifié. Sera également licite une clause prévoyant une longue période d'inaliénabilité, si ce temps peut raisonnablement paraître inférieur à l'espérance de vie du gratifié.

²⁹⁰ V. T. civ. Seine, 22 mars 1881, Defrénois 1881, art. 200, p. 192.

²⁹¹ V. CA Paris, 2^e ch. B, 22 févr. 2001, D. 2001, I.R., p. 1146

²⁹² Cass. 1^{re} civ., 8 janv. 1975, n° 73-11.648, Bull. civ. I, n° 8, Defrénois 1975, art. 30907, p. 524, note A. Ponsard ; JCP G 1976, II, n° 18420, note H. Thuillier.

²⁹³ L'intérêt moral a, par exemple, été reconnu à propos de la volonté de conserver les biens dans la famille, Cass. 1^{re} civ., 20 nov. 1985, n° 84-13.940, Bull. civ. I, n° 313, Defrénois 1986, art. 33700, p. 472, n° 40, note G. Champenois ; RTD civ., 1986, p. 620, obs. J. Patarin.

²⁹⁴ Cass. 1^{re} civ., 20 juill. 1982, n° 81-13.192, Bull. civ. I, n° 267; RTD civ., 1983, p. 376, obs. J. Patarin .

gratifié ou d'un tiers, et s'apprécie au jour où la libéralité est consentie²⁹⁵. A ce titre, la jurisprudence a admis que constituait un intérêt moral la volonté de conserver le gratifié comme débiteur d'un droit d'utilisation de la chose transmise, que ce soit un droit d'usufruit ou un droit d'usage et d'habitation²⁹⁶. En outre, l'intérêt matériel est également considéré comme légitime et sérieux s'il réside dans la volonté de garantir l'exécution d'une charge à caractère patrimonial qui grève la libéralité ou le paiement d'une rente viagère.

126. Ainsi, la validité des clauses d'inaliénabilité passe par le respect de ces deux conditions. Cependant, l'article 900-1 du Code civil ne prévoit pas de sanction en cas de non-respect de ces conditions. La sanction doit être la nullité puisqu'en droit commun la violation des conditions de validité est sanctionnée par la nullité. Cette nullité doit également être absolue dans la mesure où les conditions posées par l'article 900-1 du Code civil visaient à apporter des limites aux atteintes à la libre disposition des biens. Ainsi, la nullité est absolue car ces règles visent la protection de l'intérêt général. Dès lors, toute personne ayant un intérêt, y compris les créanciers de l'entrepreneur individuel gratifié, peut contester la validité des clauses d'inaliénabilité²⁹⁷. D'ailleurs, la jurisprudence précise qu'il appartient au débiteur qui se prévaut de la validité des clauses d'insaisissabilité d'en apporter la preuve²⁹⁸. Toutefois, le renversement de la charge de la preuve ne profite pas au gratifié qui a accepté la libéralité. S'il conteste la validité des clauses d'inaliénabilité doit en apporter la preuve²⁹⁹.

127. La doctrine s'est également demandé si le créancier pouvait obtenir une autorisation judiciaire d'aliéner en agissant à la place de son débiteur par le biais d'une action oblique ? La question a été très débattue mais la Cour de cassation, après hésitation³⁰⁰, a fini par refuser cette voie au créancier en jugeant que l'action ouverte par l'article 900-1, alinéa 1^{er}, *in fine* du Code civil était subordonnée à des considérations personnelles d'ordre moral et familial inhérentes à la donation et

²⁹⁵ Cass. 1^{re} civ., 8 déc. 1998, n° 96-15.110, Bull. civ. I, n° 351, Dr. fam., 1999, comm. 31, obs. B. Beignier ; RTD civ., 2000, p. 148, obs. J. Patarin.

²⁹⁶ Cass. 1^{re} civ., 10 juill. 1990, n° 87-16.773, Bull. civ. I, n° 192, JCP N 1991, II, p. 197, note Ph. Salvage ; Defrénois 1991, art. 34978, p. 272, note F. Lucet ; RTD civ., 1991, p. 141, obs. F. Zénati ; RTD civ., 1991, p. 580, obs. J. Patarin.

²⁹⁷ Cass. 1^{re} civ., 10 juill. 1990, n° 87-16.773, Bull. civ. I, n° 192, Defrénois 1991, art. 34978, note F. Lucet ; RTD civ. 1991, p. 141, obs. F. Zénati ; RTD civ. 1991, p. 580, obs. J. Patarin.

²⁹⁸ Cass. 1^{re} civ., 15 juin 1994, n° 92-12.139, Bull. civ. I, n° 211, D. 1995, jur., p. 342, note A. Leborgne ; D. 1995, som., p. 40, obs. M. Grimaldi ; Defrénois 1995, art. 35967, p. 51, note X. Savatier ; RTD civ. 1995, p. 666, obs. J. Patarin ; RTD civ. 1995, p. 919, obs. F. Zénati.

²⁹⁹ L'art. 900-8, C. civ. précise que le disposant ne pouvait priver le gratifié du droit de contester la validité de la clause d'inaliénabilité sur la base de l'article 900-1 du Code civil car c'est une disposition d'ordre public.

³⁰⁰ Sur l'évolution de la jurisprudence de la C. cass., v. J. Casey, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 25 mai 2004, n° 02-12.268, RJPF-2004-7•8/36.

qu'elle faisait donc partie des actions exclusivement attachées à la personne du débiteur visées à l'article 1166 du Code civil³⁰¹. Il en est de même lorsque le débiteur est soumis à une procédure de liquidation judiciaire.

B. L'insaisissabilité résultant de la volonté de l'entrepreneur individuel

128. Certains actes de l'entrepreneur individuel font échapper les biens qui en font l'objet de la poursuite des créanciers compte tenu de leur caractère. A cet effet, l'insaisissabilité frappe les biens faisant l'objet d'une clause d'accroissement (2) tout comme le contrat d'assurance-vie qui ne peut être saisi par les créanciers (1).

1. L'insaisissabilité du contrat d'assurance-vie

129. Quel que soit le but recherché, le contrat d'assurance-vie est un véritable outil d'épargne qui permet à l'entrepreneur individuel de mettre à l'abri certains de ses biens. Ainsi, les sommes placées dans un contrat d'assurance-vie échappent à la poursuite de ses créanciers (a) ainsi que leur valeur de rachat (b).

a. L'insaisissabilité des sommes placées dans un contrat d'assurance-vie

130. L'insaisissabilité des sommes d'argent placées dans un contrat d'assurance-vie résulte de la qualification de ce type de contrat³⁰². Cependant, l'insaisissabilité des sommes d'argent placées dans un contrat d'assurance-vie ne figure pas sur la liste des biens déclarés insaisissables par l'article L. 112-2 du code des procédures civiles d'exécution. De plus, la jurisprudence avait affirmé, à propos des sommes placées dans un plan d'épargne logement que le fait que les sommes « soient frappées par l'article R. 315-30³⁰³ du code de la construction et de l'habitat d'une indisponibilité relative ne saurait les faire échapper à la poursuite des créanciers du souscripteur »³⁰⁴. Mais, certaines

301 Cass. 1^{re} civ., 29 mai 2001, n° 99-15.776, Bull. civ. I, n° 150, JCP G 2001, I, n° 360, n° 4, obs. M. Cabrillac, RTD civ. 2001, p. 644, obs. J. Patarin, p. 882, obs. J. Mestre et B. Fages ; en ce sens, Cass. 1^{re} civ., 25 mai 2004, n° 02-12.268, Bull. civ. I, n° 149, Defrénois 2004, art. 38035, p. 1397, obs. R. Libchaber ; Cass. com., 9 nov. 2004, n° 02-18.617, Bull. civ. IV, n° 191, D. 2004, p. 3068, obs. A. Lienhard, Dr. fam. 2005, n° 15, note B. Beigner, LPA 13 avr. 2005, note F.-X. Lucas ; Cass. 1^{re} civ., 8 mars 2005, n° 03-20.968, Bull. civ. I, n° 117 ; voir aussi : Cass. com., 4 janv. 2000, n° 96-16.205, RJDA, n° 453, JCP G 2001, I, n° 360, n° 4, obs. M. C. ; Cass. 1^{re} civ., 11 janv. 2000, n° 97-19.136, Bull. civ. I, n° 3, D. 2000, jur., p. 877, note F. Planckeel, JCP G 2000, I, n° 215, n° 19, obs. G. Loiseau, Dr. fam., 2000, n° 26, B. Beignier, RTD civ. 2000, p. 332, obs. J. Mestre et B. Fages, p. 381, obs. J. Patarin.

302 V. Nicolas, Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance, Caen 1994, LGDJ, 1996, bibl. dr. privé, t. 267, p. 305. J. Aulagnier, L'assurance-vie est-elle un contrat d'assurance, Dr. et pat., 1996, n° 44, p. 44. V. aussi D. Grillet-Ponton, L'organisation de l'insolvabilité en droit patrimonial de la famille, Rec. D. Sirey, 7 nov. 1996, n° 39, p. 339-342.

303 Aux termes de l'art. R. 315-30, CCH, « Les versements et les intérêts capitalisés acquis demeurent indisponibles jusqu'à la date où le retrait définitif des fonds prévu à la sous-section 3 devient possible ».

304 Cass. Civ., 29 mai 1991, Bull. civ. II, n° 170.

dispositions du code des assurances prévoient l'insaisissabilité des sommes d'argent placées dans un contrat d'assurance-vie. En effet, les articles L. 132-9 et suivants du code des assurances prévoient que le contrat d'assurance-vie constitue une exception au droit de gage général du créancier et est de ce fait insaisissable. A cet effet, la Cour de cassation a décidé « qu'il résulte des articles L. 132-8³⁰⁵, L. 132-9³⁰⁶, L. 132-12³⁰⁷ et L. 132-14³⁰⁸ du code des assurances que tant que le contrat n'est pas

305 Aux termes de l'art. L. 132- 8, C. ass., « le capital ou la rente garantis peuvent être payables lors du décès de l'assuré à un ou plusieurs bénéficiaires déterminés. Est considérée comme faite au profit de bénéficiaires déterminés la stipulation par laquelle le bénéfice de l'assurance est attribué à une ou plusieurs personnes qui, sans être nommément désignées, sont suffisamment définies dans cette stipulation pour pouvoir être identifiées au moment de l'exigibilité du capital ou de la rente garantis. Est notamment considérée comme remplissant cette condition la désignation comme bénéficiaires des personnes suivantes : les enfants nés ou à naître du contractant, de l'assuré ou de toute autre personne désignée ; les héritiers ou ayants droit de l'assuré ou d'un bénéficiaire prédécédé.

L'assurance faite au profit du conjoint profite à la personne qui a cette qualité au moment de l'exigibilité. Les héritiers, ainsi désignés, ont droit au bénéfice de l'assurance en proportion de leurs parts héréditaires. Ils conservent ce droit en cas de renonciation à la succession. En l'absence de désignation d'un bénéficiaire dans la police ou à défaut d'acceptation par le bénéficiaire, le contractant a le droit de désigner un bénéficiaire ou de substituer un bénéficiaire à un autre. Cette désignation ou cette substitution ne peut être opérée, à peine de nullité, qu'avec l'accord de l'assuré, lorsque celui-ci n'est pas le contractant. Cette désignation ou cette substitution peut être réalisée soit par voie d'avenant au contrat, soit en remplissant les formalités édictées par l'article 1690 du code civil, soit par voie testamentaire. Lorsque l'assureur est informé du décès de l'assuré, l'assureur est tenu de rechercher le bénéficiaire, et, si cette recherche aboutit, de l'aviser de la stipulation effectuée à son profit »

306 L'art. L. 132- 9, C. ass. dispose que « I.- Sous réserve des dispositions du dernier alinéa de l'article L. 132-4-1, la stipulation en vertu de laquelle le bénéfice de l'assurance est attribué à un bénéficiaire déterminé devient irrévocable par l'acceptation de celui-ci, effectuée dans les conditions prévues au II du présent article. Pendant la durée du contrat, après acceptation du bénéficiaire, le stipulant ne peut exercer sa faculté de rachat et l'entreprise d'assurance ne peut lui consentir d'avance sans l'accord du bénéficiaire. Tant que l'acceptation n'a pas eu lieu, le droit de révoquer cette stipulation n'appartient qu'au stipulant et ne peut être exercé de son vivant ni par ses créanciers ni par ses représentants légaux. Lorsqu'une tutelle a été ouverte à l'égard du stipulant, la révocation ne peut intervenir qu'avec l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille s'il a été constitué. Ce droit de révocation ne peut être exercé, après la mort du stipulant, par ses héritiers, qu'après l'exigibilité de la somme assurée et au plus tôt trois mois après que le bénéficiaire de l'assurance a été mis en demeure par acte extrajudiciaire, d'avoir à déclarer s'il accepte. L'attribution à titre gratuit du bénéfice d'une assurance sur la vie à une personne déterminée est présumée faite sous la condition de l'existence du bénéficiaire à l'époque de l'exigibilité du capital ou de la rente garantis, à moins que le contraire ne résulte des termes de la stipulation.

II.- Tant que l'assuré et le stipulant sont en vie, l'acceptation est faite par un avenant signé de l'entreprise d'assurance, du stipulant et du bénéficiaire. Elle peut également être faite par un acte authentique ou sous seing privé, signé du stipulant et du bénéficiaire, et n'a alors d'effet à l'égard de l'entreprise d'assurance que lorsqu'elle lui est notifiée par écrit. Lorsque la désignation du bénéficiaire est faite à titre gratuit, l'acceptation ne peut intervenir que trente jours au moins à compter du moment où le stipulant est informé que le contrat d'assurance est conclu. Après le décès de l'assuré ou du stipulant, l'acceptation est libre ».

307 L'art. L. 132-12, C. ass. dispose que « le capital ou la rente stipulés payables lors du décès de l'assuré à un bénéficiaire déterminé ou à ses héritiers ne font pas partie de la succession de l'assuré. Le bénéficiaire, quelles que soient la forme et la date de sa désignation, est réputé y avoir eu seul droit à partir du jour du contrat, même si son acceptation est postérieure à la mort de l'assuré.

308 Aux termes de l'art. L. 132-14, C. ass., « sous réserve des dispositions des articles L. 263-0 A et L. 273 A du livre des procédures fiscales, de l'article L. 1617-5 du code général des collectivités territoriales et du II de l'article 128 de la loi n° 2004-1485 du 30 décembre 2004 de finances rectificative pour 2004, le capital ou la rente garantis au profit d'un bénéficiaire déterminé ne peuvent être réclamés par les créanciers du contractant. Ces derniers ont seulement droit au remboursement des primes, dans le cas indiqué par l'article L. 132-13, deuxième alinéa, en vertu soit de l'article 1167 du code civil, soit des articles L. 621-107 et L. 621-108 du code de commerce ».

dénoué, le souscripteur est seulement investi, sauf acceptation du bénéficiaire désigné, du droit personnel de faire racheter le contrat et de désigner ou de modifier le bénéficiaire de la prestation, que dès lors, nul créancier du souscripteur n'est en droit de se faire attribuer immédiatement ce que ce dernier ne peut recevoir »³⁰⁹. En d'autres termes, les créanciers du souscripteur ne peuvent pas avoir plus de droits que ce dernier sur les sommes placées dans un contrat d'assurance-vie. Tant que le contrat n'est pas arrivé à terme, ni le souscripteur, ni ses créanciers ne peuvent prétendre de droits sur les biens placés qui deviennent, d'ailleurs, la propriété de l'assureur.

Cependant, l'administration fiscale a vu dans cette décision une indisponibilité temporaire des sommes placées dans un contrat d'assurance-vie et non un principe d'insaisissabilité qui serait dégagé par la Cour de cassation. Elle considère qu'au regard des articles L. 121-6 du code des procédures civiles d'exécution et L. 262 et L. 263 du Livre des procédures fiscales permettant la saisie des créances conditionnelles ou celles affectées d'un terme, que les sommes placées dans une assurance-vie peuvent faire l'objet d'une saisie en cours. De ce fait, la valeur de rachat du contrat serait saisissable au terme du contrat. Toutefois, la jurisprudence rejette cette analyse en estimant que « le solde provisoire d'un contrat d'assurance-vie est insaisissable au motif que le souscripteur ne possède pas de créance de somme d'argent sur la compagnie d'assurance »³¹⁰.

b. L'impossibilité pour le créancier d'exercer le droit de rachat à la place de l'entrepreneur individuel

131. Face à cette situation, les créanciers ont tenté de contourner l'insaisissabilité des sommes placées dans un contrat d'assurance-vie par la voie de l'action oblique en demandant le rachat du contrat en lieu et place de leur débiteur. Toutefois, la Cour de cassation s'y oppose en estimant que la possibilité de demander le rachat du contrat d'assurance-vie est un droit qui n'appartient qu'au souscripteur car il est exclusivement attaché à sa personne³¹¹. En effet, certaines juridictions estimaient que le droit de rachat ne faisait pas partie du patrimoine du souscripteur, donc ne pouvait faire partie du droit de gage général de ses créanciers³¹². D'autres³¹³, en revanche, considérant que la faculté de rachat conférait à l'assuré un droit sur des sommes contractuellement déterminables provenant de l'épargne faite en sa faveur, celles-ci entraient dans son patrimoine et seraient saisissables.

³⁰⁹ Cass. 1^{re} civ., 28 avr. 1998, n° 96-10.333, Bull. civ. I, n° 153, S. Hovasse-Banget, Insaisissabilité de la valeur de rachat d'un contrat d'assurance-vie. A propos de Civ. 1^{re} 28 avril 1998, Defrénois, 1998, art. 36837.

³¹⁰ Cass. com. 15 juin 1999, n° 97-13.576, Dr. et pat., 2000, n° 79, chron. n° 2508, obs. A. Granier.

³¹¹ Civ. 25 oct. 1994, Bull. civ. IV, n° 311.

³¹² V. à ce propos, CA, Paris, 11 fév. 1997, D. 1997, IR, p. 67.

³¹³ V. à ce propos, CA, Toulouse, 24 oct. 1995, JCP, 1996, II, n° 22595, note Bigot.

132. De même que la jurisprudence, la doctrine était également divisée sur point. Certains considéraient que le droit de rachat serait une « créance en instance d'affectation » et qu'il était impossible de connaître son titulaire³¹⁴. D'autres estimaient que « la créance détenue sur l'assureur ne figure pas dans le patrimoine du souscripteur »³¹⁵. Mais, ce dernier est titulaire du droit de créance à l'égard de l'assureur tant que le bénéficiaire de l'assurance-vie n'a pas accepté la stipulation³¹⁶.

133. La cour de cassation considère que le droit de rachat, en dépit de son caractère patrimonial, est un droit personnel que les créanciers ne peuvent exercer par la voie de l'action oblique. Elle estime qu'admettre la saisie de la valeur de rachat reviendrait à accorder aux créanciers la possibilité de révoquer le bénéficiaire de l'assurance-vie³¹⁷, droit dont elle reconnaît au souscripteur. A cet effet, l'exclusion du droit de rachat du droit de gage général des créanciers favoriserait la soustraction de certains biens de l'entrepreneur individuel à l'action des créanciers. Pour certains auteurs, cette solution est inconcevable dans la mesure où le contrat d'assurance-vie est souvent utilisé dans les affaires comme un instrument de garantie³¹⁸. Certaines juridictions, insensibles aux critiques de la doctrine, ont considéré que le droit de rachat peut être exercé par le créancier à la place de son débiteur en consolidant le régime des garanties sur les contrats d'assurance-vie. En effet, les juges du fond estiment que le droit de rachat n'est frappé d'aucune indisponibilité légale et qu'il est donc possible, à un souscripteur de céder ce droit en tant qu'accessoire de la garantie qu'il consent sur un contrat d'assurance-vie³¹⁹. Toutefois, cette dépersonnalisation du droit de rachat ne profite pas aux créanciers chirographaires. En effet, l'évolution jurisprudentielle sur le droit d'exercice du rachat au profit des créanciers privilégiés laisse de côté la question du gage général des créanciers chirographaires.

134. Ainsi, l'insaisissabilité des sommes d'argent placées dans un contrat d'assurance-vie peut être vue comme un véritable instrument de protection du patrimoine de l'entrepreneur individuel. Toutefois, le créancier de ce dernier peut faire échec à cette technique en établissant la fraude du

³¹⁴ J. Ghestin, *L'incidence du décès du conjoint de l'assuré sur l'assurance-vie*, JCP, éd. G, 1995, doct. 3881, n° 17 et spéc., n° 26 et s.

³¹⁵ V. H. Lecuyer, *Assurance-vie, libéralité et droit des successions*, Dr. fam., 1998, chron. 7, n° 25.

³¹⁶ « Tant que l'acceptation n'a pas eu lieu, le droit de révoquer cette stipulation n'appartient qu'au stipulant et ne peut être exercé de son vivant ni par ses créanciers ni par ses représentants légaux », art. L. 139, al. 2, C. ass. ; v. aussi, J. Kullmann, *Pour le maintien du droit au rachat en dépit de l'acceptation du bénéficiaire à propos des contrats d'assurance-vie*, in mélanges en l'honneur de C. Gavalda, *Propos impertinents de droit des affaires*, D. 2001, p. 199.

³¹⁷ Com. 25 oct. 1994, RGAT, 1995, p. 149, rapp. J. P. Remery.

³¹⁸ A. Goutio, F. Bertou, A. Poitiez, *L'utilisation du contrat d'assurance-vie comme instrument de garantie*, JCP, N, 1995, p. 510 ; S. Hovasse-Banget, *La fonction de garantie de l'assurance-vie*, Defrénois, 1998, art. 36715 et 36785.

³¹⁹ T. com, Paris, 20 mars 2000, annexes sous A. Gourio, *La jurisprudence consolide le régime des garanties sur contrats d'assurance-vie*, JCP, éd. E, 2001, p. 1464.

souscripteur. En apportant la preuve que les versements de primes étaient excessifs³²⁰, il pourra obtenir remboursement du surplus des primes versées³²¹ qui réintégreront le patrimoine de son débiteur. Le montant considéré comme étant normal échappera au gage général des créanciers. L'anormalité des versements effectués dans le contrat d'assurance-vie pourra être recherchée sur le fondement des nullités de la période suspecte, notamment lorsque le souscripteur est en liquidation judiciaire puisque la jurisprudence refuse au liquidateur la possibilité d'exercer le droit de rachat³²².

2. L'insaisissabilité des biens affectés d'une clause d'accroissement

135. Les biens acquis avec clause d'accroissement sont insaisissables. Cette insaisissabilité est due à la particularité de cette clause qui ne permet le transfert de la propriété du bien qu'au survivant des acquéreurs. Ainsi, à l'analyse de la clause d'accroissement insérée dans un contrat (a) nous en déduisons toute son efficacité (b).

a. L'analyse de la clause d'accroissement

136. La clause d'accroissement insérée dans un contrat de vente, au moment de sa conclusion, permet de transmettre la « propriété exclusive d'un bien au survivant des acquéreurs »³²³. A cet effet, le bien acquis ira au dernier survivant des acquéreurs qui sera réputé être le seul propriétaire du bien depuis son acquisition, en vertu de l'effet rétroactif de la clause. En effet, la jurisprudence considère que tant que la condition suspensive de décès ne s'est pas réalisée, les acquéreurs ne sont pas considérés comme disposant d'une propriété indivise sur le bien³²⁴. La cour de cassation estime, en effet, que « la clause d'accroissement écartait toute indivision, puisqu'il n'y aura jamais eu qu'un seul titulaire du droit de propriété ». Seule la réalisation de la condition suspensive de survie pourra déterminer le titulaire du droit de propriété du bien acquis avec la clause de tontine. Toutefois, la jurisprudence précise que « tant que cette condition ne s'est pas réalisée, les parties ont des droits concurrents qui emportent le droit pour chacune d'entre elles de jouir indivisément du bien, droit dont l'exercice peut être organisé par le juge »³²⁵.

³²⁰ Il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement ces moyens de preuve, civ. 1^{re}, 18 mars 1997, n° 94-21396.

³²¹ Sur le fondement de l'action paulienne de l'art. 1667, C. civ.

³²² Cass. com., 11 déc. 2012, n° 11-27437, Act. proc. coll., 3-2013, n° 30, note N. Borga, act. Proc. coll. ; v. aussi, P. Rubellin, L'assureur doit verser au débiteur la valeur de rachat de l'assurance-vie, LEDEN, 15 janv. 2013, p. 4 et s.

³²³ V. à ce propos pour une analyse de la clause de tontine, A.-L. Thomat-Raynaud, L'unité du patrimoine : essai critique, op. cit., p. 235. V. aussi, D. Grillet-Ponton, L'organisation de l'insolvabilité en droit patrimonial de la famille, op. cit., p. 339 et s.

³²⁴ A l'origine, la doctrine considérait que les coacquéreurs étaient des propriétaires indivis jusqu'au décès de l'un d'eux, moment où le survivant devient le propriétaire exclusif du bien.

³²⁵ Cass. 1^{re} civ., 9 fév. 1994, D. 1994, p. 417, rapp. Thierry.

137. Ainsi, le bien acquis avec clause d'accroissement ou de tontine n'est pas un bien acquis en indivision, la jurisprudence admettant seulement l'indivision dans la jouissance dudit bien. Mais, une partie de la doctrine a contesté cette position de la jurisprudence. Certains auteurs ont estimé qu'« on ne peut pas expliquer la situation des coacquéreurs *pendante conditione* par l'effet de la réalisation de la condition »³²⁶. Pour ceux-ci, les acquéreurs ont été dans une situation de concours de droits de propriété avant la réalisation de la condition et que la propriété soit dévolue à l'un d'eux³²⁷. Selon leur opinion, la jurisprudence tente de « régir une situation actuelle par des effets futurs fussent-ils certains et rétroactifs » alors que la coexistence de droits sur un bien doit être analysée que dans le domaine de l'indivision. D'autres auteurs, en revanche ont démontré l'absence d'indivision entre les coacquéreurs en estimant qu'« il n'y a pas d'indivision entre les parties à un rapport de propriété conditionnelle, mais articulation d'une propriété sous condition suspensive avec une propriété sous condition résolutoire »³²⁸. Cependant, l'absence de précision sur le titulaire de la propriété sous condition suspensive et celui de la propriété sous condition résolutoire rend cette analyse superficielle³²⁹. Ainsi, face à ces incertitudes, des auteurs ont estimé tout simplement que le décès de l'un des coacquéreurs entraîne l'extinction de son droit de propriété, ce qui laisse au survivant un droit de propriété exclusive. Cette analyse a le mérite d'être plus conforme avec la solution de la Cour de cassation lorsqu'elle affirme la clause d'accroissement confère « à chaque contractant la chance de devenir seul propriétaire du bien acquis contre le risque correspondant de ne le devenir jamais ; une telle convention constitue non une libéralité mais un contrat aléatoire à titre onéreux »³³⁰.

b. L'efficacité de la clause d'accroissement

138. La clause d'accroissement ou de tontine ne sert pas uniquement comme un moyen de transmission du bien acquis au survivant des acquéreurs, mais elle constitue aussi un « instrument performant de gestion patrimoniale »³³¹. Le bien acquis avec une clause d'accroissement échappe à la poursuite des créanciers des acquéreurs³³². Ainsi, lorsque l'entrepreneur individuel acquiert avec son

³²⁶ V. F. Zénati, Copropriété et droits réels, RTD civ., 1995, p. 151.

³²⁷ A cet effet, la doctrine considérait qu'au moment du décès de l'un des acquéreurs, le survivant devenait propriétaire exclusif par l'accroissement de sa part du fait de l'extinction de l'autre. Mais, la jurisprudence a rejeté cette analyse, la C. cass. a estimé que l'accroissement de la part du survivant s'analysait comme une mutation et non comme une augmentation, v. cass. civ., 15 déc. 1852, D. 1852.1.336.

³²⁸ V. à cet effet, M. Dagot, L'acquisition faite au profit du survivant des acquéreurs, JCP, 1972, I, 2442, n° 8.

³²⁹ F. Zénati, Copropriété et droits réels, op. cit. p. 154.

³³⁰ Cass. Req. 24 janv. 1928, Defrénois, 1928, art. 21686 ; v. aussi, cass. 1^{re}, civ., 14 déc. 2004, Bull. civ. I, n° 313.

³³¹ V. P. Delmas Saint-Hilaire, Variations sur le pacte tontinier, Dr. et pat., 1998, p. 52 et s.

³³² V. à cet effet, P. Rubellin, La tontine infernale, Bull. Joly Ent. Diff., 01 septembre 2012 n° 5, p. 274.

conjoint ou son partenaire un bien en y insérant une clause de tontine ou d'accroissement, ce bien échappe au droit de gage général de ses créanciers qui ne pourront le saisir. La jurisprudence a décidé que « le droit de gage général des créanciers ne pouvant s'exercer que sur les biens dont le débiteur est propriétaire, doit être annulé le commandement aux fins de saisie immobilière délivré à l'un des acquéreurs d'un bien qui, en raison d'une clause de tontine, n'est pas titulaire d'un droit privatif de propriété sur ce bien tant que la condition suspensive de survie n'est pas réalisée »³³³. Comme nous l'avons rappelé, tant que la condition suspensive ne s'est pas réalisée, aucun des acquéreurs ne dispose d'un droit de propriété sur la bien, puisqu'un seul des acquéreurs est réputé être le titulaire du droit de propriété depuis l'acquisition du bien.

Certains auteurs ont estimé que l'insaisissabilité du bien acquis avec clause d'accroissement était liée avec la manière dont le bien avait été acquis³³⁴. Une autre partie de la doctrine pense que cette insaisissabilité résulte indirectement du mécanisme juridique de la clause de tontine, en ce sens qu'elle ne porte pas directement atteinte au droit de gage général des créanciers³³⁵. Le créancier de tous les acquéreurs peut saisir le bien à l'instar du créancier des indivisaires sur les biens indivis, contrairement au créancier d'un acquéreur qui verra son action rejetée³³⁶.

139. L'insaisissabilité du bien acquis avec une clause de tontine par le créancier d'un des acquéreurs a conduit la doctrine à faire la distinction entre les clauses de tontine assorties d'une déclaration d'inaliénabilité et celles qui n'en sont pas assorties. Il est évident que les clauses assorties d'inaliénabilité rendent insaisissables le bien, et plus particulièrement la part des droits du tontinier. C'est lorsque la clause de tontine ne prévoit pas l'inaliénabilité que la doctrine est partagée sur la question. Les partisans de l'indivision estiment qu'en dehors de toute stipulation d'inaliénabilité, le bien reste insaisissable, en cas de convention d'indivision entre les acquéreurs. Pour les autres, même avec une d'indivision, le défaut d'une stipulation d'inaliénabilité doit justifier la saisissabilité de la part des droits du tontinier³³⁷.

Ainsi, à la différence des créanciers de l'indivision qui peuvent provoquer le partage du bien indivis, la seule possibilité pour les créanciers du coacquéreur d'un bien assortie d'une clause de tontine est d'établir la fraude de leur débiteur, auquel cas la clause leur serait inopposable³³⁸.

³³³ Cass. 1^{re}, civ. 18 nov. 1997, n° 95-20.842, Bull. civ. I, n° 315, Dr. fam., 1998, n° 77, note Beignier.

³³⁴ V. C. Lopard, Un exemplaire inattendu d'insaisissabilité : la tontine, LPA, 3aout 1998, p. 11.

³³⁵ Ph. Simler, P. Delebecque, JCP, 1998, E, chron., p. 1638.

³³⁶ V. H. Mazon, Un bien acquis en tontine peut-il être saisi par le créancier de l'un des acquéreurs ?, Defrénois, 1998, art. 36761.

³³⁷ V. H. Dumortier, Clause d'accroissement ou de tontine insérée dans une acquisition en commun », in J.- Cl. civil, App. art. 1964, 1996 ; v. aussi, A. Depont, Les application du pacte tontinier, Dr. et pat., janv. 1998, p. 52 et s.

³³⁸ CA, paris 10 sept. 1993, 15^e chron. B, JCP éd. N, p. 213, note Garçon.

Conclusion du Titre I:

140. En somme, le principe de l'unité du patrimoine auquel est soumis l'entrepreneur individuel, le rend vulnérable à l'égard de ses créanciers professionnels. Ceux-ci disposant d'un droit de gage général sur son patrimoine peuvent saisir ses biens personnels et même son patrimoine conjugal. Le droit de gage des créanciers s'analysant comme une garantie offerte aux créanciers sur le patrimoine de leur débiteur, ces derniers peuvent saisir indistinctement tout bien contenu dans le patrimoine de leur débiteur.

141. Toutefois, le droit de gage général des créanciers a été au fil du temps atténué par les nombreuses exceptions qui ont été apportées à ce principe. Certaines sont justifiées par des raisons d'ordre public tandis que d'autres prennent en considération la situation personnelle du débiteur. Ainsi, au regard de l'intérêt général, la loi interdit la saisie de certains biens de l'entrepreneur individuel. Cependant, l'insaisissabilité des biens peut découler de la volonté d'une personne qui peut être l'entrepreneur individuel lui-même. En effet, par le truchement de certains procédés, notamment le recours à l'assurance-vie ou l'insertion d'une clause d'accroissement dans l'acte d'acquisition d'un bien, il peut soustraire une partie de son patrimoine de la poursuite de ses créanciers. Mais, les exceptions apportées au droit des créanciers ne sont pas spécifiques à l'entrepreneur individuel, elles profitent à toute personne placée dans une situation de débitrice par rapport à ses créanciers.

Ainsi, la fragilité de l'entrepreneur individuel exposé aux risques de son activité professionnelle a conduit le législateur à aménager des mécanismes permettant à celui-ci de protéger son patrimoine personnel, voire conjugal. De même, l'entrepreneur individuel par le truchement de certaines mesures peut chercher à limiter les droits des créanciers sur son patrimoine personnel.

TITRE II.

L'EFFECTIVITE DE LA PROTECTION DE L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL A L'EGARD DES CREANCIERS

142. L'idée de la protection de l'entrepreneur individuel n'est pas nouvelle. En effet, le droit français en 1985, suivi en cela par le droit OHADA en 1998, avait consacré la possibilité pour un entrepreneur individuel de créer une société unipersonnelle (EURL, SAU, SASU) à travers laquelle il exercerait son activité professionnelle en mettant ainsi à l'abri son patrimoine personnel. Plus tard, le législateur français consacre, en 2003, la déclaration notariée d'insaisissabilité qui permet à l'entrepreneur individuel de rendre insaisissable sa résidence principale. La loi de 2008 est venue étendre le champ d'application de la déclaration notariée d'insaisissabilité à tous les biens immobiliers bâtis ou non bâtis qui ne sont pas utilisés dans le cadre de l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel.

143. Avec l'avènement de l'EIRL, la protection de l'entrepreneur individuel est devenue plus importante. Ce mécanisme permet à l'entrepreneur individuel qui l'adopte de mettre son patrimoine personnel à l'abri de la poursuite de ses créanciers professionnels. Ce cloisonnement patrimonial introduit, en droit français, pour garantir la protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel consacre l'admission du patrimoine d'affectation.

144. D'autres mécanismes permettent aussi à l'entrepreneur individuel de sauvegarder son patrimoine personnel de la poursuite des créanciers professionnels. Il peut recourir à la fiducie qui peut constituer un mécanisme efficace de protection du patrimoine, ou du moins de certains biens contenus dans son patrimoine.

145. Également, par le jeu des régimes matrimoniaux, l'entrepreneur individuel peut mettre à l'abri certains de ses biens personnels de la poursuite des créanciers professionnels³³⁹, nonobstant les mesures de protection du patrimoine conjugal, notamment le logement familial³⁴⁰ ou les biens communs³⁴¹.

146. D'ailleurs, l'entrepreneur individuel, en droit de l'OHADA, ne bénéficie d'aucune disposition spécifique visant à protéger son patrimoine personnel de la poursuite de ses créanciers professionnels. Sa responsabilité est illimitée. Ni la déclaration d'insaisissabilité, ni le statut de l'EIRL n'existent en droit africain des affaires. Et pourtant, compte tenu de l'environnement des affaires dans l'espace OHADA, il serait souhaitable que le législateur communautaire aménage également, à l'instar du droit français, des mécanismes destinés à garantir une protection aux entrepreneurs individuels.

339 S. Lambert-Wiber, *Le principe d'unité du patrimoine à l'épreuve de la responsabilité financière d'une personne mariée sous le régime de la communauté*, op. cit., art. 37059.

340 V. art. 220, C. civ.

341 V. art. 1415, C. civ.

Ainsi, les mécanismes de protection de l'entrepreneur individuel peuvent être regroupés en deux catégories. D'une part, les mécanismes qui permettent de soustraire certains biens au gage des créanciers (Chapitre 1) et d'autre part, les mécanismes qui permettent à l'entrepreneur individuel de cantonner les droits des créanciers sur seulement certains de ses biens (Chapitre 2).

CHAPITRE I.

LA PROTECTION DE L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL PAR LA SOUSTRACTION DE CERTAINS BIENS AU GAGE DES CREANCIERS

147. L'entrepreneur individuel engage tous ses biens professionnel et personnel dans le cadre de son activité professionnelle. Cette responsabilité illimitée entraîne nécessairement des conséquences désastreuses sur le patrimoine conjugal de l'entrepreneur individuel en difficultés, notamment lorsqu'il est marié sous le régime de la communauté légale. Ainsi, les biens communs des époux sont menacés par les risques de l'activité professionnelle du conjoint. Ce risque est d'autant plus élevé lorsque les deux époux ou partenaires exercent chacun une activité professionnelle distincte. Dans ce cas, les créanciers de l'un ou de l'autre des époux peuvent exercer leurs droits sur les biens appartenant aux conjoints. Le patrimoine conjugal est ainsi menacé par les risques liés à l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel.

L'insécurité résultant ainsi de l'exercice d'une activité professionnelle, par l'un des époux ou les deux, ensemble ou séparément, menace le patrimoine conjugal dans la mesure où les biens communs du couple pourront être saisis par les créanciers. A cet effet, afin de protéger l'entrepreneur individuel et son conjoint, la loi lui permet de soustraire certains biens de la poursuite de ses créanciers en les rendant insaisissables (section 1).

148. Afin de limiter les risques liés à son activité professionnelle, l'entrepreneur individuel peut, s'il ne l'a pas opté au moment de son mariage, choisir les régimes séparatistes qui sont beaucoup plus protecteurs que les régimes communautaires. Ainsi, par le jeu des régimes séparatistes, l'entrepreneur individuel peut soustraire certains biens de son patrimoine conjugal au droit des créanciers (section 2).

SECTION I.

LA SOUSTRACTION DE CERTAINS BIENS AU GAGE DES CREANCIERS PAR LE JEU DES REGIMES MATRIMONIAUX

149. Les régimes matrimoniaux ne sont pas des mécanismes de protection, leur rôle est d'organiser les rapports pécuniaires entre les époux eux-mêmes et leurs rapports avec les tiers. Le régime matrimonial est un statut qui organise le sort de l'actif et du passif du couple durant le mariage et à sa dissolution. Il comprend les régimes communautaires et les régimes séparatistes. Les premiers, compte tenu de la communauté des biens qu'ils instaurent entre les époux, présentent plus de risques entre eux. Ainsi, afin de réduire ces risques sur le patrimoine conjugal, le recours aux régimes séparatistes offre plus de garanties pour la préservation du patrimoine conjugal compte tenu de la séparation qu'ils instaurent entre les biens personnels des époux (Paragraphe 1).

150. Cependant, afin d'assurer la protection des biens du couple soumis au régime de la communauté, la loi impose à l'entrepreneur individuel certaines obligations afin de limiter les risques liés à son activité professionnelle (Paragraphe 2).

§ 1. LA PRESERVATION DE L'INTEGRITE DU PATRIMOINE CONJUGAL PAR LE CHOIX DES REGIMES SEPARATISTES

151. Par le jeu des régimes matrimoniaux à tendance séparatiste, certains biens de l'entrepreneur individuel échappent au gage des créanciers. Il en est ainsi, lorsque la loi, dans un souci de protection du patrimoine conjugal de l'entrepreneur individuel, met à l'abri de la poursuite des créanciers certains de ses biens. En effet, en l'absence de distinction entre le patrimoine de l'entrepreneur individuel et celui de son conjoint, ce dernier court le risque de voir l'ensemble des biens contenus dans le patrimoine conjugal saisi par ses créanciers professionnels. A ce titre, les régimes communautaires n'offrent aucune garantie, ni pour l'entrepreneur individuel, ni pour son conjoint, relativement à leurs biens qu'ils soient des biens propres ou des biens communs (A).

152. Ainsi, la préservation du patrimoine conjugal passe par le choix des régimes séparatistes. En effet, par le truchement des régimes séparatistes, l'entrepreneur individuel peut mettre à l'abri de la poursuite des créanciers certains biens de son patrimoine conjugal dans la mesure où ils entraînent l'isolement du patrimoine de chacun des époux (B).

A. Les raisons de l'isolement du patrimoine de chacun des époux par les régimes séparatistes

153. Dans le régime de la communauté universelle, le patrimoine de l'entrepreneur individuel et celui de son conjoint sont confondus. Et, toutes les dettes contractées par un des époux seront à la charge de la communauté. Cette insécurité met en péril, non seulement, le patrimoine conjugal, mais également l'activité de l'entrepreneur individuel car des créanciers qui sont complètement étrangers à son activité professionnelle pourront ainsi saisir ses biens propres, y compris les biens utilisés dans son activité professionnelle. En fait, dans ce régime, tous les biens des époux, présents et à venir, sont mis en commun, quelle que soit leur origine ou la date de leur acquisition³⁴². Les dettes des époux suivent également le même régime.

Ce risque d'insécurité pour le conjoint de l'entrepreneur individuel³⁴³ lié à l'activité professionnelle de son conjoint subsiste également lorsque les époux sont soumis au régime de la communauté réduite aux acquêts³⁴⁴ ou au régime de la communauté de meubles et acquêts³⁴⁵. En principe, chaque époux supporte ses dettes, à l'exception des dettes qui engagent solidairement la communauté. Toutefois, les créanciers de l'un des époux peuvent saisir, outre les biens propres de son débiteur, les biens communs. A cet effet, l'article 1413 du Code civil dispose que « le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs (...) ».

154. Les articles 1401 et 1402 du Code civil définissent la liste des biens qui entrent dans la communauté. En effet, l'article 1401 du Code civil dispose que « la communauté se compose activement des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres »³⁴⁶. Ainsi, le fonds de commerce géré par l'entrepreneur individuel est un bien commun

³⁴² Toutefois, la loi prévoit une exception à cette règle. En effet, les biens propres par nature qui sont définis à l'article 1404 du Code civil demeurent la propriété personnelle du conjoint, ainsi que les dommages-intérêts qui pourraient lui être alloués en cas de préjudice.

³⁴³ Ce risque est également réel pour l'entrepreneur individuel lui-même qui peut subir la poursuite des créanciers personnels de son conjoint sur ses biens professionnels.

³⁴⁴ V. art. 1401 et s., C. civ.

³⁴⁵ V. art. 1498 et s., C. civ.

³⁴⁶ Il est complété par l'art. 1402, C. civ., qui précise que « tout bien, meuble ou immeuble, est réputé acquêt de communauté si l'on ne prouve qu'il est propre à l'un des époux par application d'une disposition de la loi. Si le bien est de ceux qui ne portent pas en eux-mêmes preuve ou marque de leur origine, la propriété personnelle de l'époux, si elle est contestée, devra être établie par écrit. A défaut d'inventaire ou autre preuve préconstituée, le juge pourra prendre en considération tous écrits, notamment titres de famille, registres et papiers domestiques, ainsi que documents de banque et factures. Il pourra même admettre la preuve par témoignage ou présomption, s'il constate qu'un époux a été dans

.../...

lorsqu'il a été acquis ou créé durant le mariage. En effet, dans le régime de la communauté légale, le fonds de commerce est « présumé être un bien commun »³⁴⁷. Cette présomption, pour certains auteurs, se justifie par le fait que le fonds de commerce acquiert son caractère commun par l'origine des fonds qui ont servi à son acquisition ou par le moment de sa création³⁴⁸. Toutefois, il arrive que cette présomption soit écartée et que le fonds de commerce soit considéré comme étant un bien propre de l'entrepreneur individuel. Les articles 1404³⁴⁹ et 1405³⁵⁰ du Code civil établissent la liste des biens propres à chacun des époux soumis à un régime légal de communauté. Le premier définit les biens propres par nature et le second établit le caractère propre des biens en fonction de leur origine. Mais, à la lecture de l'article 1404 du Code civil, il est évident que le fonds de commerce ne peut être un bien propre en nature. Dès lors, c'est sous l'angle de son origine qu'il faudrait rechercher son caractère propre³⁵¹. A ce propos, l'article 1405 du Code civil précise que les biens dont les époux avaient la propriété ou la possession au jour de la célébration du mariage, ou qu'il acquiert, pendant le mariage par succession, donation ou legs » sont des biens propres. Ainsi, si le fonds de commerce exploité par l'entrepreneur avait été acquis avant la célébration de son mariage ou qu'il l'avait recueilli durant le mariage par une libéralité, la présomption tirée de l'article 1401 du Code civil serait alors écartée. Dans, cette hypothèse, les créanciers du conjoint de l'entrepreneur individuel ne pourront exercer aucun droit sur le fonds exploité, puisque n'étant pas un bien commun. Et, inversement si le conjoint de l'entrepreneur individuel exploitait un fonds de commerce, dans les mêmes conditions, les créanciers de ce dernier ne pourront se prévaloir des

l'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit ». V. à ce propos, G. Cornu, *Les régimes matrimoniaux*, PUF, 9^{ème} éd. 1997, p. 347.

³⁴⁷ V. R. Le Guidec, *Jcl., Entreprise individuelle*, Fasc. 1130 : Régimes matrimoniaux- Fonds de commerce et composition du patrimoine des époux, juin 2014, n° 16 et s.

³⁴⁸ V. R. Le Guidec, *op. cit.*, n° 17.

³⁴⁹ Aux termes de cet article, « forment des propres par leur nature, quand même ils auraient été acquis pendant le mariage, les vêtements et linges à l'usage personnel de l'un des époux, les actions en réparation d'un dommage corporel ou moral, les créances et pensions incessibles, et, plus généralement, tous les biens qui ont un caractère personnel et tous les droits exclusivement attachés à la personne. Forment aussi des propres par leur nature, mais sauf récompense s'il y a lieu, les instruments de travail nécessaires à la profession de l'un des époux, à moins qu'ils ne soient l'accessoire d'un fonds de commerce ou d'une exploitation faisant partie de la communauté ».

³⁵⁰ Selon l'art. 1405, C. civ. « restent propres les biens dont les époux avaient la propriété ou la possession au jour de la célébration du mariage, ou qu'ils acquièrent, pendant le mariage, par succession, donation ou legs. La libéralité peut stipuler que les biens qui en font l'objet appartiendront à la communauté. Les biens tombent en communauté, sauf stipulation contraire, quand la libéralité est faite aux deux époux conjointement. Les biens abandonnés ou cédés par père, mère ou autre ascendant à l'un des époux, soit pour le remplir de ce qu'il lui doit, soit à la charge de payer les dettes du donateur à des étrangers, restent propres, sauf récompense ».

³⁵¹ V. R. Le Guidec, *op. cit.*, n° 50.

dispositions de l'article 1413 du Code civil à son égard. En revanche, si les dispositions des articles 1404 et 1405 du Code civil trouvaient à s'appliquer, la présomption du caractère commun du fonds de commerce permettrait aux créanciers du couple de saisir n'importe lequel des biens communs des époux.

155. Ce principe de saisissabilité des biens communs dans le régime légal de la communauté posé par l'article 1413 du Code civil est toutefois tempéré lorsqu'il y a eu « fraude de l'époux débiteur et mauvaise foi du créancier », nous précise le même article³⁵². Les biens communs ne pourront être saisis en cas de fraude de la part de l'entrepreneur individuel et de mauvaise foi du créancier. La seule solution, ainsi prévue par la loi, pour anéantir les droits des créanciers de l'entrepreneur individuel sur les biens communs du couple consiste à apporter la double preuve de l'existence d'une fraude et de la mauvaise foi du créancier poursuivant. En effet, l'article 1413 du Code civil précise que les biens communs peuvent être saisis par les créanciers de l'entrepreneur individuel « sauf si le conjoint prouve l'existence d'une fraude de l'époux débiteur et la mauvaise foi du créancier ». Il s'agit là, en effet, de l'application du principe selon lequel, « *fraus omnia corrumpit* »³⁵³. Mais, l'établissement de cette double preuve peut s'avérer compliqué car, si la preuve de l'existence de manœuvres frauduleuses faites par l'époux débiteur peut être apportée, il est en revanche difficile d'établir la mauvaise foi du créancier.

156. En outre, la loi a prévu des cas dans lesquels l'isolement du patrimoine de chacun des époux devient primordial pour la préservation des biens du conjoint de l'entrepreneur individuel marié sous le régime de la communauté légale. Si la séparation des biens, aux termes des articles 1536 et suivants du Code civil peut être volontairement choisie par l'entrepreneur individuel et son conjoint, il n'en demeure pas moins que ce régime puisse être imposé aux époux lorsque « par le désordre des affaires d'un époux, sa mauvaise administration ou son inconduite, il apparaît que le maintien de la communauté met en péril les intérêts de l'autre conjoint »³⁵⁴. En effet, la loi permet au conjoint de l'entrepreneur individuel de demander judiciairement la séparation des biens lorsque les activités professionnelles de ce dernier mettent considérablement en péril la communauté.

³⁵² Une autre exception est également prévue par l'art. 1414, C. civ., relative à l'insaisissabilité des gains et salaires du conjoint de l'entrepreneur individuel par les créanciers de ce dernier. En effet, aux termes de ce texte, « les gains et salaires d'un époux ne peuvent être saisis par les créanciers de son conjoint que si l'obligation a été contractée pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, conformément à l'article 220. Lorsque les gains et salaires sont versés à un compte courant ou de dépôt, ceux-ci ne peuvent être saisis que dans les conditions définies par décret ».

³⁵³ Expression qui signifie que « la fraude corrompt tout ».

³⁵⁴ Art. 1443, C. civ.

B. Les effets de l'isolement du patrimoine de chacun des époux par les régimes séparatistes

157. Le recours aux régimes séparatistes permet d'éviter les inconvénients issus des régimes communautaires lorsque l'entrepreneur individuel entend protéger son patrimoine privé et celui de son conjoint de la poursuite de ses créanciers. Dans les régimes séparatistes, chacun des époux dispose de la liberté totale dans la gestion de ses biens personnels. Aux termes de l'article 1536 du Code civil « lorsque les époux ont stipulé dans leur contrat de mariage qu'ils seraient séparés de biens, chacun d'eux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels. Chacun d'eux reste seul tenu des dettes nées en sa personne avant ou pendant le mariage, hors le cas de l'article 220 »³⁵⁵. Ainsi, le choix des régimes séparatistes opère une subdivision du patrimoine des époux en trois masses distincts. Les deux masses représentant les biens personnels de chaque époux³⁵⁶, la troisième masse est constituée de biens indivis³⁵⁷ dont les règles de gestion suivent le même régime juridique que celui de l'indivision³⁵⁸. Les biens personnels du conjoint de l'entrepreneur individuel ne peuvent être ainsi saisis par les créanciers de l'entrepreneur individuel. Dans les régimes séparatistes, il faut entendre par bien personnel, tous les biens qui ne font pas l'objet d'une propriété collective entre l'entrepreneur individuel et son conjoint. En effet, les biens possédés par ce dernier avant ou pendant le mariage, les biens reçus par donation ou par succession pendant le mariage, les salaires et les revenus sont insaisissables par les créanciers de l'entrepreneur individuel.

³⁵⁵ L'art. 220, C. civ. dispose que « chacun des époux a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants : toute dette ainsi contractée par l'un oblige l'autre solidairement. La solidarité n'a pas lieu, néanmoins, pour des dépenses manifestement excessives, eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou à l'inutilité de l'opération, à la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant. Elle n'a pas lieu non plus, s'ils n'ont été conclus du consentement des deux époux, pour les achats à tempérament ni pour les emprunts à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante et que le montant cumulé de ces sommes, en cas de pluralité d'emprunts, ne soit pas manifestement excessif eu égard au train de vie du ménage ».

³⁵⁶ A cet effet, l'art. 1538 al. 1 et 2, C. civ. dispose que « tant à l'égard de son conjoint que des tiers, un époux peut prouver par tous les moyens qu'il a la propriété exclusive d'un bien. Les présomptions de propriété énoncées au contrat de mariage ont effet à l'égard des tiers aussi bien que dans les rapports entre époux, s'il n'en a été autrement convenu. La preuve contraire sera de droit, et elle se fera par tous les moyens propres à établir que les biens n'appartiennent pas à l'époux que la présomption désigne, ou même, s'ils lui appartiennent, qu'il les a acquis par une libéralité de l'autre époux », v. art. 1538, al. 1 et 2, C. civ.

³⁵⁷ L'al. 3, art. 1538 dispose à cet effet, que « les biens sur lesquels aucun des époux ne peut justifier d'une propriété exclusive sont réputés leur appartenir indivisément, à chacun pour moitié ».

³⁵⁸ Chacun des époux peut effectuer seul des actes de conservation sans l'accord de son conjoint. Mais, pour les actes d'administration sur les biens indivis, l'époux qui détient plus des 2/3 peut les exercer seul.

158. Les régimes séparatistes sont composés du régime de la séparation des biens³⁵⁹ et celui de la participation aux acquêts³⁶⁰. Mais, en réalité le régime de la participation aux acquêts ne présente de différence avec régime de la séparation des biens qu'au moment de la dissolution du lien matrimonial. Durant tout le mariage, le régime de la participation aux acquêts obéit aux mêmes règles que le régime dit de la séparation des biens. Ce n'est qu'à la dissolution du lien conjugal que chaque époux a droit à la moitié de la valeur des acquêts de son conjoint³⁶¹. En d'autres termes, l'époux qui profite de l'enrichissement de son conjoint durant le mariage doit une récompense à l'autre³⁶², ce qui le distingue aussi de la séparation des biens où il n'y a pas de récompenses. Chaque époux garde ses biens et les biens indivis sont partagés à la dissolution du mariage. A cet effet, l'alinéa premier de l'article 1542 du Code civil précise qu'« après la dissolution du mariage par le décès de l'un des conjoints, le partage des biens indivis entre époux séparés de biens, pour tout ce qui concerne ses formes, le maintien de l'indivision et l'attribution préférentielle, la licitation des biens, les effets du partage, la garantie et les soultes, est soumis à toutes les règles établies au titre "Des successions" pour les partages entre cohéritiers »³⁶³.

Ainsi, les régimes séparatistes opèrent une séparation entre le patrimoine de l'entrepreneur individuel et celui de son conjoint aussi bien sur le plan des actifs qu'au niveau du passif. Dans le régime de la séparation des biens, l'entrepreneur individuel, tout comme son conjoint, n'est chargé que de son passif personnel qu'il soit antérieur ou postérieur à leur mariage³⁶⁴. Inversement, les biens qui entrent dans leurs patrimoines, à titre gratuit ou à titre onéreux, deviennent des biens personnels quel que soit leur origine et le moment de leur acquisition. En effet, la jurisprudence a eu

359 V. art. 1536 et s., C. civ.

360 V. art. 1569 et s. C. civ.

361 En effet, « quand les époux ont déclaré se marier sous le régime de la participation aux acquêts, chacun d'eux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels, sans distinguer entre ceux qui lui appartenaient au jour du mariage ou lui sont advenus depuis par succession ou libéralité et ceux qu'il a acquis pendant le mariage à titre onéreux. Pendant la durée du mariage, ce régime fonctionne comme si les époux étaient mariés sous le régime de la séparation de biens. A la dissolution du régime, chacun des époux a le droit de participer pour moitié en valeur aux acquêts nets constatés dans le patrimoine de l'autre, et mesurés par la double estimation du patrimoine originaire et du patrimoine final. Le droit de participer aux acquêts est incessible tant que le régime matrimonial n'est pas dissous. Si la dissolution survient par la mort d'un époux, ses héritiers ont, sur les acquêts nets faits par l'autre, les mêmes droits que leur auteur », art. 1569, C. civ.

362 Pour ce faire, le patrimoine d'origine de chaque conjoint à l'origine est évalué (lors du mariage) et comparé avec le patrimoine final c'est-à-dire celui dont dispose les époux après le mariage. V. à ce propos, l'art. 1570 et s., C. civ. Les époux peuvent convenir toutefois, « un partage inégal, ou stipuler que le survivant d'eux ou l'un d'eux s'il survit, aura droit à la totalité des acquêts nets fait par l'autre », art. 1581, al. 2, C. civ.

363 L'al. 2, art. 1542, C. civ., précise que « les mêmes règles s'appliquent après divorce ou séparation de corps. Toutefois, l'attribution préférentielle n'est jamais de droit. Il peut toujours être décidé que la totalité de la soulte éventuellement due sera payable comptant ».

364 Art. 1536, al. 1, C. civ.

à préciser à plusieurs reprises que l'époux marié sous le régime de la séparation des biens et qui acquiert un bien en devient le propriétaire quel que soit le mode d'acquisition ou de financement³⁶⁵. Ainsi, les biens acquis par le conjoint de l'entrepreneur individuel marié sous le régime de la séparation des biens sont des biens personnels même s'ils ont été acquis avec les deniers de l'entrepreneur individuel³⁶⁶. Les biens personnels des époux sont également constitués par les fruits et les revenus de chaque époux ou partenaire³⁶⁷. La preuve de la propriété des biens peut se faire par tous les moyens. En effet, l'article 1538 du Code civil dispose que « les présomptions de propriété énoncées au contrat de mariage ont effet à l'égard des tiers aussi bien que dans les rapports entre époux, s'il n'en a été autrement convenu. La preuve contraire sera de droit, et elle se fera par tous les moyens propres à établir que les biens n'appartiennent pas à l'époux que la présomption désigne, ou même, s'ils lui appartiennent, qu'il les a acquis par une libéralité de l'autre époux »³⁶⁸. Cependant, la preuve du droit de propriété dans le régime de la séparation des biens peut s'avérer difficile à établir³⁶⁹.

159. En revanche, les sources d'acquisition des biens indivis sont nombreuses. Tous les biens acquis collectivement, et peu importe l'origine des deniers ayant servi à leur acquisition³⁷⁰ ou les biens dont l'un des époux ou partenaires n'arrive pas à établir la propriété tombe sous le coup de l'indivision³⁷¹. L'article 1751 du Code civil précise également que « le droit au bail du local, sans caractère professionnel ou commercial, qui sert effectivement à l'habitation de deux époux, quel que soit leur régime matrimonial et nonobstant toute convention contraire et même si le bail a été conclu avant le mariage, ou de deux partenaires liés par un pacte civil de solidarité, dès lors que les

³⁶⁵ Cass. 1^{re} civ., 13 oct. 1992, n° 91-11.590, JCP éd. G 1993, I, n° 3656, n° 13, obs. Storck M. ; Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 2001, n° 99-11.402, Lamyline ; Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2009, n° 07-20.443, Lamyline ; Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juill. 2009, n° 08-11.861, Lamyline ; Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2008, n° 06-16.939 ; Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 2007, n° 05-14.311. V. à cet effet, B. Beignier, R. Cabrillac et H. Lécuyer (sous la dir. de), Lamy Droit des régimes matrimoniaux, successions et libéralités, Études 155.

³⁶⁶ Cass. 1^{re} civ., 9 févr. 1994, n° 92-11.111, D. 1994, jur., p. 417, rapp. Thierry, D. 1995, som., p. 51, obs. M. Grimaldi, JCP éd. G 1995, I, n° 3876, n° 10, obs. R. Le Guidec ; Cass. 1^{re} civ., 20 janv. 2004, n° 00-19.511, Lamyline.

³⁶⁷ A ce titre, la jurisprudence a estimé, par le jeu de l'accession, que la construction édifée sur le terrain de l'autre époux est un bien qui lui est personnel, Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 1986, n° 84-17.631, JCP éd. G 1986, II, n° 20702, note Ph. Simler ; CA Bordeaux, 24 mai 1993, JCP éd. G 1994, I, n° 3785, obs. M. Storck, RTD civ. 1994, p. 931, obs. B. Vareille ; Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 2002, JCP G 2003, IV, n° 1285, Defrénois 2003, p. 1003, obs. G. Champenois ; Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2005, Bull. civ. I, n° 316.

³⁶⁸ Art. 1538, al. 2, C. civ.

³⁶⁹ V. en ce sens, M. Storck, L'exécution sur les biens des époux, LPA, 12 janv. 2000, n° 8, p. 12.

³⁷⁰ La C. cass. précise à cet effet, que « les personnes qui ont acheté un bien en indivision en ont acquis la propriété, sans qu'il y ait lieu d'avoir égard à la façon dont cette acquisition a été financée », Cass. 1^{re} civ., 24 oct. 2000, n° 98-17.900, Lamyline ; voir également Cass. 1^{re} civ., 19 nov. 2002, n° 00-21.100, RJPF 2003-2/32, p. 17 ; Cass. 1^{re} civ., 3 déc. 2002, n° 00-18.869, Lamyline ; v. aussi, Cass. 1^{re} civ., 19 mars 2014, n° 13-14.989, Lamy Droit civil, juin 2014, n° 116.

³⁷¹ Art. 1538, al. 3, C. civ.

partenaires en font la demande conjointement, est réputé appartenir à l'un et à l'autre des époux ou partenaires liés par un pacte civil de solidarité »³⁷². Il en est de même des fonds déposés dans un compte-joint par les époux qui sont réputés être des biens indivis³⁷³ même si un des conjoint peut apporter la preuve de sa propriété en établissant que le compte avait été alimenté par des biens provenant de son patrimoine personnel³⁷⁴. Le patrimoine indivis peut également résulter d'une donation faite aux époux.

Ces biens sont soumis au régime de droit commun de l'indivision prévu par les articles 815 et suivants du Code civil. Toutefois, les époux peuvent décider de gérer lesdits biens sur la base d'une convention d'indivision³⁷⁵. En effet, l'entrepreneur individuel et son conjoint peuvent déroger aux règles de droit commun et établir entre eux une convention d'indivision³⁷⁶. Ils ne sont pas tenus de rester dans l'indivision aux termes de l'article 815 du Code civil³⁷⁷. En effet, l'entrepreneur individuel ou son conjoint peut décider à tout moment de sortir de l'indivision³⁷⁸, sauf s'il y a une convention d'indivision qu'ils sont tenus de respecter jusqu'à son terme.

160. Les créanciers personnels de l'entrepreneur individuel, ni d'ailleurs les créanciers de son conjoint ne peuvent saisir la part de leur débiteur sur les biens indivis. En effet, l'article 815-17 du Code civil dispose que « les créanciers personnels d'un indivisaire ne peuvent saisir sa part dans les

³⁷² Art. 1751, al. 1, C. civ.

³⁷³ Cass. 2^e civ., 6 nov. 1996, n^{os} 93-21.391 et 94-10.285, JCP éd. G 1997, I, n^o 4047, n^o 24, obs. M. Storck ; CA Riom, 22 sept. 1994, JCP G 1995, I, n^o 3869, n^o 15, obs. M. Storck ; Cass. 1^{re} civ., 19 nov. 2002, n^o 00-16.698, Lamyline.

³⁷⁴ Cass. com., 27 janv. 1998, n^o 96-11.941, JCP N 1998, p. 598.

³⁷⁵ Selon l'article 1873-1, C. civ., « ceux qui ont des droits à exercer sur des biens indivis, à titre de propriétaires, de nus-propriétaires ou d'usufruitiers peuvent passer des conventions relatives à l'exercice de ces droits »

³⁷⁶ Les articles 1873-2 et 1873-16, C. civ. précisent les modalités de la convention d'indivision selon qu'on est en présence ou non d'un usufruitier. En effet, selon la première de ces dispositions « les coindivisaires, s'ils y consentent tous, peuvent convenir de demeurer dans l'indivision. A peine de nullité, la convention doit être établie par un écrit comportant la désignation des biens indivis et l'indication des quotes-parts appartenant à chaque indivisaire. Si les biens indivis comprennent des créances, il y a lieu aux formalités de l'article 1690 ; s'ils comprennent des immeubles, aux formalités de la publicité foncière ». Et, le second texte de préciser que « Lorsque les biens indivis sont grevés d'un usufruit, des conventions, soumises en principe aux dispositions du chapitre précédent, peuvent être conclues, soit entre les nus-propriétaires, soit entre les usufruitiers, soit entre les uns et les autres. Il peut y avoir pareillement convention entre ceux qui sont en indivision pour la jouissance et celui qui est nu-propriétaire de tous les biens, de même qu'entre l'usufruitier universel et les nus-propriétaires ».

³⁷⁷ En effet, « nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut toujours être provoqué, à moins qu'il n'y ait été sursis par jugement ou convention ». V. aussi, Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 1985, n^o 84-11.468, Bull. civ. I, n^o 267, D. 1986, jur., p. 241, note A. Breton ; CA Versailles, 30 juin 1986, D. 1986, I.R., p. 474 ; Cass. 1^{re} civ., 5 nov. 1985, n^o 83-16.738, Bull. civ. I, n^o 285, JCP N 1986, II, p. 247, note Ph. Simler.

³⁷⁸ Cette faculté est également offerte au liquidateur judiciaire qui, lorsque l'entrepreneur individuel est soumis à une procédure de liquidation judiciaire, peut demander à sortir de l'indivision à la place du débiteur en application de l'art. 815, C. civ.

biens indivis, meubles ou immeubles »³⁷⁹. Mais, ces derniers ont la possibilité « de provoquer le partage de l'indivision au nom de leur débiteur ou d'intervenir dans le partage provoqué par lui » selon l'alinéa 3 de l'article 815-17 du Code civil. L'article 249 de l'Acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution reprend la même formule en disposant que « la part indivise d'un immeuble ne peut être mise en vente avant le partage ou la liquidation que peuvent provoquer les créanciers d'un indivisaire ».

Ainsi, les créanciers de l'entrepreneur individuel peuvent provoquer le partage de l'indivision afin de saisir la quote-part de leur débiteur, sauf si le conjoint arrête l'action en partage diligentée par les créanciers en acquittant les obligations de son conjoint³⁸⁰.

161. Toutefois, les biens indivis n'échappent pas à tous les créanciers de l'entrepreneur individuel. Ils peuvent être saisis par les créanciers des coindivisaires. En effet, l'article 815-17 du Code civil précise que « les créanciers qui auraient pu agir sur les biens indivis avant qu'il y eût indivision, et ceux dont la créance résulte de la conservation ou de la gestion des biens indivis, seront payés par prélèvement sur l'actif avant le partage. Ils peuvent en outre poursuivre la saisie et la vente des biens indivis »³⁸¹. Ainsi, les créanciers de l'entrepreneur individuel qui avaient des droits sur les biens avant que ceux-ci ne tombent dans l'indivision peuvent les saisir. Peuvent également poursuivre leurs droits sur les biens indivis, les créanciers à l'égard de qui l'entrepreneur individuel et son conjoint sont solidairement tenus ou qui dispose d'une hypothèque sur un immeuble indivis.

162. Ce cloisonnement instauré par les régimes à tendance séparatiste connaît des limites. Non seulement des limites subsistent à l'égard de certains créanciers, mais il en existe également pour certaines créances, notamment celles qui sont nées pour les besoins du ménage ou l'entretien des enfants. En effet, aux termes de l'article 220 du Code civil « chacun des époux à pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants : toute dette ainsi contractée par l'un oblige l'autre solidairement ». Bien que cette solidarité connaisse des limites, notamment lorsque les dépenses sont « manifestement excessives »³⁸² ou si les contrats sont conclus par l'un des époux sans le consentement de l'autre pour des achats à tempérament ou un emprunt, à moins qu'ils ne portent sur des « sommes modestes »³⁸³, les créanciers peuvent poursuivre leurs droits sur la totalité du patrimoine du couple, sans distinction des biens propres de chacun des

³⁷⁹ Art. 815-17, al. 2, C. civ.

³⁸⁰ En effet, selon l'art. 815-17, al. 3, C. civ., « les coindivisaires peuvent arrêter le cours de l'action en partage en acquittant l'obligation au nom et en l'acquit du débiteur. Ceux qui exerceront cette faculté se rembourseront par prélèvement sur les biens indivis ».

³⁸¹ Art. 815, al. 1, C. civ.

³⁸² V. art. 220, al. 2, C. civ.

³⁸³ V. art. 220, al. 3, C. civ.

époux. La jurisprudence avait déjà consacré la solidarité des époux aux dépenses ménagères bien avant la loi du 23 décembre 1985³⁸⁴. Il revient aux juges du fond d'apprécier souverainement la notion de « dette ménagère » au cas par cas en fonction de la situation financière des époux. Ainsi, la jurisprudence a admis la solidarité pour un emprunt sous forme d'ouverture de crédit³⁸⁵. En revanche, elle a écarté la nature ménagère d'un emprunt destiné à l'acquisition d'une seconde résidence³⁸⁶ ainsi qu'une dette née d'une vente à tempérament conclue par un époux³⁸⁷.

§ 2. LA SOUSTRACTION DES BIENS COMMUNS AUX RISQUES DE L'ACTIVITE PROFESSIONNELLE DE L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL

163. Le souci de protection des biens communs du couple a conduit le législateur à aménager des mesures de protection au profit du conjoint de l'entrepreneur individuel. Ces mesures visent à diminuer les risques liés aux activités professionnelles de l'entrepreneur individuel sur le patrimoine du couple. En effet, elles visent à protéger le patrimoine familial des actes graves inhérents à l'exercice de l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel. Ainsi, ce dernier ne peut engager les biens communs sans le consentement de son conjoint pour des actes jugés graves (A). De même, le logement familial fait l'objet d'une protection particulière dans le même but de protéger le patrimoine conjugal (B).

A. La soustraction des biens communs au gage des créanciers sans le consentement du conjoint de l'entrepreneur individuel

164. Dans le souci de protéger le patrimoine conjugal des risques de l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel, la loi exige à celui-ci de requérir le consentement exprès de son conjoint pour pouvoir engager les biens communs par un cautionnement ou un emprunt. A cet effet, l'article 1415 du Code civil dispose que « chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres »³⁸⁸. Face aux dangers de tels actes, le législateur français a entendu mettre à l'abri le patrimoine familial. Ainsi,

³⁸⁴ Cass. civ. 1re, 24 mars 1971, D. 1972, p. 360, note Abitbol.

³⁸⁵ Grenoble, 24 septembre 1996, JCP G., 1997, I, 4047.

³⁸⁶ Cass. civ. 1re, 3 octobre 1990, JCP N., 91, II, p. 57, note Simler ; R.T.D. Civ. 91, 584, obs. Lucet et Vareille.

³⁸⁷ Cass. civ. 1re, 12 juillet 1994, Dalloz 1994, p. 117, note Guineret-Brobbelet Dorsman.

³⁸⁸ V. à cet effet, M. Wacogne, L'article 1415 du Code civil et la protection du patrimoine de l'entrepreneur individuel, JCP N, n° 24, 12 juin 1998, 930 ; J. Casey, L'article 1415 superstar ? JCP E, n° 4, 26 janv. 2000, II, 10237 ; J.-C. Chevalier et M.-C. Leproust-Larcher, L'engagement des biens communs en présence d'actifs professionnels, JCP N, n° 23, 7 juin 2002, 1333 ; A. Gaonac'h, L'implication de l'article 1415 du Code civil dans la gestion des biens communs, LPA, 1 mars 2000, n° 43, p. 8 et s.

le cautionnement ou l'emprunt souscrit par l'entrepreneur individuel sans le consentement de son conjoint n'engage que ses biens propres. Dès lors, sans le consentement du conjoint de l'entrepreneur individuel, les biens communs sont soustraits du gage des créanciers.

L'entrepreneur individuel pouvait, avant la loi du 23 décembre 1985³⁸⁹, engager seul les biens communs par un cautionnement ou un emprunt car il était le seul administrateur du patrimoine conjugal en vertu de l'ancien article 1421 du Code civil³⁹⁰. En effet, selon la jurisprudence antérieure, le cautionnement n'entraînait pas dans la catégorie des actes soumis au consentement des époux dans la mesure où il ne constituait pas un acte de disposition qui serait soumis aux dispositions de l'article 215, alinéa 3 relatif au logement familial³⁹¹ et de l'ancien article 1422 du Code civil³⁹². Cette situation mettait considérablement en danger le conjoint de l'entrepreneur individuel qui ne disposait pas de recours contre les agissements de son époux et les créanciers pouvaient poursuivre le paiement en saisissant les biens communs du couple.

Avec la loi de 1985, les époux disposent désormais de pouvoirs égaux sur les biens communs. L'article 1421 du Code civil dispose à cet effet, que « chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer, sauf à répondre des fautes qu'il aurait commises dans sa gestion. Les actes accomplis sans fraude par un conjoint sont opposables à l'autre »³⁹³. Ainsi, sous réserve de fraude³⁹⁴, les dettes contractées par un des époux, qu'ils soient professionnel ou non engagent la masse des biens communs. Toutefois, l'article 1415 du Code civil apporte une limite à cette possibilité d'offrir les biens communs en garantie pour des actes jugés graves tels que le cautionnement ou l'emprunt souscrit par un des époux.

165. Ainsi, l'impératif de sécurité du crédit et l'efficacité des garanties cèdent le pas à la protection du patrimoine familial. A cet effet, la jurisprudence adopte curieusement une vision particulièrement

³⁸⁹ Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs.

³⁹⁰ « Le mari administre seul la communauté sauf à répondre des fautes qu'il aurait commises dans sa gestion. Il peut disposer des biens communs, pourvu que ce soit sans fraude et sous les exceptions qui suivent ». Anc., art. 1421, C. civ.

³⁹¹ « Les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni. Celui des deux qui n'a pas donné son consentement à l'acte peut en demander l'annulation : l'action en nullité lui est ouverte dans l'année à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus d'un an après que le régime matrimonial s'est dissous ». art. 215, al. 3, C. civ.

³⁹² « Les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, disposer entre vifs, à titre gratuit, des biens de la communauté ». Anc. art. 1422, C. civ.

³⁹³ V. art. 1421, al. 1, C. civ.

³⁹⁴ Dans ce cas, seule la responsabilité de l'époux fautif est engagée

large du champ d'application de l'article 1415 du Code civil³⁹⁵. Apportant une exception à l'article 1413 du Code civil, cet article devait faire l'objet d'une interprétation stricte. Mais, la jurisprudence a, semble-t-il, souhaité consacrer une définition extensive du cautionnement en l'assimilant à d'autres garanties³⁹⁶. A cet effet, la Cour de cassation, dans un arrêt du 4 février 1997, a appliqué l'article 1415 du Code civil à l'aval d'un billet à ordre souscrit par un époux sans le consentement de l'autre³⁹⁷. Cette solution n'est qu'une application de la jurisprudence antérieure qui est également conforme à la position de la doctrine qui considérait l'aval comme étant un cautionnement solidaire³⁹⁸.

166. L'article 1415 du Code civil s'applique également au « cautionnement réel ». Le cautionnement personnel est souvent renforcé par un cautionnement réel. Dans ce cas, la Cour de cassation a également jugé qu'un époux qui s'est porté caution ne peut, sans le consentement de son conjoint, donner en nantissement des valeurs mobilières³⁹⁹. Mais, dans l'hypothèse où l'entrepreneur individuel a consenti une sûreté réelle pour garantir la dette d'autrui, l'article 1415 doit-il s'appliquer ? Pour les biens entrants dans le champ d'application de l'article 1424, cela ne fait aucun doute, car cette disposition pose expressément l'exigence du consentement de l'époux⁴⁰⁰. Mais, dans l'hypothèse où le cautionnement n'entre pas dans le champ d'application de l'article 1424, doit-on donner la préférence à l'article 1415 ou à l'article 1421 qui permet à l'entrepreneur individuel d'aliéner seul un bien commun à titre onéreux ? Le cautionnement réel étant un cautionnement même si l'engagement de la caution se limite à une sûreté réelle portant sur un bien déterminé, l'article 1415 doit donc s'appliquer. C'est la même position qui a été suivie par la Cour de cassation lorsqu'elle fait application de l'article 1415, à propos d'un cautionnement hypothécaire⁴⁰¹. Cependant, elle a refusé d'admettre l'application de l'article 1415 du Code civil aux contrats de

³⁹⁵ V. à cet effet, C. Grare-Didier, Retour sur l'article 1415 du Code civil : cautionnement et notions voisines, RDC, 1^{er} avr. 2008, n° 2, p. 445 et s.

³⁹⁶ Or, l'art. 1415 ne prévoit que le cautionnement qui est un engagement par lequel « la caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même ». Art. 2288, C. civ.

³⁹⁷ Cass. com., n° 94-19.908 du 4 fév. 1994, Bull., 1997 IV n° 39, p. 36.

³⁹⁸ V. à cet effet, M. Cabrillac, obs. sous Cass. com., 4 février 1997, D. 1997, somm., p. 261.

³⁹⁹ Cass. civ. 1re, 11 avril 1995, JCP 1995, I, 3869, n° 9, obs. Ph. Simler ; Bull. civ. I, n°165, p. 118 ; D. 1995, somm. 327, obs. M. Grimaldi, D. 1996, somm. 204, obs. Piedelièvre.

⁴⁰⁰ Selon l'art. 1424, C. civ., « les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, aliéner ou grever de droits réels les immeubles, fonds de commerce et exploitations dépendant de la communauté, non plus que les droits sociaux non négociables et les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité. Ils ne peuvent, sans leur conjoint, percevoir les capitaux provenant de telles opérations.

De même, ils ne peuvent, l'un sans l'autre, transférer un bien de la communauté dans un patrimoine fiduciaire ».

⁴⁰¹ Cass. civ. 1re, 11 avril 1995, Bull. civ. I, n° 165 ; D. 1995 somm. 327 obs. Grimaldi.

société⁴⁰² et aux sûretés réelles. Pour ces dernières, la Cour estime qu' « une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliquant aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui et n'étant pas dès lors un cautionnement, lequel ne se présume pas, la Cour d'appel a exactement retenu que l'article 1415 du Code civil n'était pas applicable »⁴⁰³.

167. L'extension du champ d'application de l'article 1415 du Code civil permet aux juges de fragiliser le recours des créanciers à certaines sûretés voisines afin de contourner cette disposition protectrice. Une partie de la doctrine s'est montré favorable à cette extension. Certains auteurs pensent que malgré son caractère d'exception, il serait incompréhensible que l'article 1415 du Code civil ne soit appliqué « aux autres garanties personnelles, en particulier la garantie autonome, dont la rigueur extrême multiplie le caractère dangereux »⁴⁰⁴. Contrairement à ce raisonnement qui met l'esprit de l'article 1415 du Code civil au-devant de la lettre du texte, d'autres pensent qu'elle repose sur une interprétation erronée⁴⁰⁵. Suivant les premiers, la jurisprudence a admis l'application de l'article 1415 du Code civil à la garantie à la première demande. En effet, selon les juges de la haute Cour « ce texte est applicable à la garantie à première demande qui, comme le cautionnement, est une sûreté personnelle, laquelle consiste en un engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme déterminée, et est donc de nature à appauvrir le patrimoine de la communauté »⁴⁰⁶.

168. Comme pour le cautionnement, la jurisprudence a également opté une définition extensive de la notion d'emprunt⁴⁰⁷. Ainsi, elle vise dans le champ d'application de l'article 1415 du Code civil les prêts de somme d'argent et toutes les opérations de crédit⁴⁰⁸. Toutefois, la doctrine écarte certaines opérations telles que l'escompte ou la cession de l'escompte par bordereau Dailly car le

⁴⁰² En effet, selon la C. cass., « le contrat de société civile, qui fait naître à la charge de l'associé une obligation subsidiaire de répondre indéfiniment des dettes sociales à proportion de sa part dans le capital, ne saurait être assimilé à un acte de cautionnement auquel l'article 1415 est applicable », Cass. civ. 1^{re}, 20 juin 2006, n° 04-11037, C. Grare-Didier, op. cit., p. 455 et s.

⁴⁰³ Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, n° 03-18210, C. Grare-Didier, op. cit. p. 455 et s.

⁴⁰⁴ V. à ce propos, F. Terré et Ph. Simler, *Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, 5e éd., 2008, n° 422 et s. ; V. également J. Piedelièvre, *De quelques difficultés posées par la souscription d'une garantie à première demande par un époux commun en biens* : J.C.P. éd. N., 1996, p. 1319 ; J. Casey, *Les sûretés et la famille*, thèse de droit, Bordeaux, 1997, nos 106 et s.

⁴⁰⁵ V. A. Gaonac'h, *L'implication de l'article 1415 du Code civil dans la gestion des biens communs*, op. cit., p. 8 et s. ; D'Hoir-Laupretre, *Le conjoint du chef d'entreprise : la nécessité d'une plus grande autonomie patrimoniale dans le respect des intérêts de tous les créanciers*, *Droit et patrimoine*, n° 56, janvier 1998, p. 21.

⁴⁰⁶ Cass. civ. 1^{re}, 20 juin 2006, pourvoi n° 04-11037, C. Grare-Didier, op. cit. p., 445 et s.

⁴⁰⁷ Sur la notion d'emprunt, F. Pasqualini, *L'emprunt et le régime matrimonial*, *Défrénois*, art. 35013, p. 449-465. V. également G. Desous, *La question de l'emprunt dans les régimes matrimoniaux*, thèse paris, 1982, p. 21.

⁴⁰⁸ Notamment, les crédits de trésoreries, les crédits de mobilisation de créances commerciales sont visés par l'article 1415 du Code civil.

transfert des effets doit être considéré comme l'accessoire de l'escompte, puisqu'il est inhérent à ce mécanisme.

169. Cependant, doit être exclu du champ d'application de l'article 1415 du Code civil les dettes contractées par l'entrepreneur individuel auprès de ses fournisseurs. En effet, lorsque le crédit est consenti par un vendeur les dispositions de l'article 1415 ne s'appliquent pas. Ce qui peut paraître illogique, mais cette opération ne saurait, en effet, être qualifiée de prêt puisqu'elle n'implique pas une mise à disposition d'une somme d'argent. La même argumentation peut être retenue pour le crédit-bail qui est une opération de location-vente ou de location suivie d'une promesse de vente dans lequel il n'y pas de mise à disposition d'un fonds. L'absence de transfert d'une somme d'argent justifie la mise en écart des dispositions de l'article 1415 du Code civil.

B. La protection particulière du logement familial

170. Le recours aux régimes séparatistes permet d'éviter les inconvénients issus des régimes communautaires lorsque l'entrepreneur individuel entend protéger son patrimoine privé et celui de son conjoint de la poursuite de ses créanciers. Dans les régimes séparatistes, chacun des époux dispose de la liberté totale dans la gestion de ses biens propres à l'exception du domicile familial qui fait l'objet d'une protection légale dans l'intérêt de la famille⁴⁰⁹. Ainsi, l'entrepreneur individuel ne peut, sans le consentement de son conjoint, faire des actes de disposition sur le logement familial. Aux termes de l'article 215 du Code civil « Les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni. Celui des deux qui n'a pas donné son consentement à l'acte peut en demander l'annulation »⁴¹⁰.

A cet effet, l'entrepreneur individuel marié ne peut, ni vendre le logement familial, ni consentir une sûreté sur ledit logement sans le consentement de son conjoint. Le champ d'application de l'article 215, alinéa 3 du Code civil est très étendu⁴¹¹. Les droits visés sont « tous ceux par lesquels est assuré le logement de la famille. Peu importe leur nature : droit de propriété ou tout autre droit réel (...), droit au bail ou tout autre droit personnel »⁴¹². Ces mesures protectrices s'appliquent également à tous les meubles prévus par l'article 534 du Code civil⁴¹³.

⁴⁰⁹ Aux termes de l'article 215, al. 2, C. civ. : « la résidence de la famille est le lieu qu'ils choisissent d'un commun accord ». Pour une application de cette disposition, v. Cass. 1^{re} civ., 8 janv. 1985 : Bull. civ. I, n° 7 ; JCP G 1985, IV, 109.

⁴¹⁰ Art. 215, al. 3, C. civ.

⁴¹¹ Cass. 1^{re} civ., 20 janv. 2004, n° 02-12.130, Bull. civ. I, n° 21.

⁴¹² M. Grimaldi, *Le logement et la famille*, Defrénois 1983, p. 1025 et p. 1105.

⁴¹³ Selon l'art. 534, C. civ., « les mots "meubles meublants" ne comprennent que les meubles destinés à l'usage et à l'ornement des appartements, comme tapisseries, lits, sièges, glaces, pendules, tables, porcelaines et autres objets de cette nature. Les tableaux et les statues qui font partie du meuble d'un appartement y sont aussi compris, mais non les

.../...

171. Ainsi, à défaut de consentement exprès du conjoint, tout acte passé par l'entrepreneur individuel sur le logement familial est réputé nul. Aux termes de l'article 215 alinéa 3 du Code civil, le conjoint de l'entrepreneur individuel qui n'a pas donné son consentement peut demander l'annulation de l'acte passé par son conjoint⁴¹⁴. Toutefois, cette nullité n'est pas une nullité absolue. Il s'agit d'une nullité relative et elle doit être demandée par la personne qu'elle vise à protéger, c'est-à-dire le conjoint de l'entrepreneur individuel. Elle est également limitée dans le temps. La loi précise que « l'action en nullité lui est ouverte dans l'année à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus d'un an après que le régime matrimonial s'est dissous ». Ainsi, le délai de prescription est d'une année et il court à compter de la découverte par le conjoint de l'entrepreneur individuel de l'acte prohibé par l'article 215 du Code civil ou à partir de la dissolution du régime matrimonial.

172. Toutefois, la protection du logement familial issue des dispositions de l'article 215 du Code civil n'est que relative. L'indisponibilité des droits sur le logement de famille n'entraîne pas une insaisissabilité du logement. La jurisprudence a clairement affirmé que les dispositions de l'article 215 du Code civil n'étaient pas applicables « lorsqu'il s'agit d'une vente forcée poursuivie en vertu de loi du 13 juillet 1967 sur la liquidation judiciaire »⁴¹⁵. Dès lors, la protection des droits sur le logement familial sans le consentement du conjoint de l'entrepreneur individuel ne porte pas atteinte à la mise en œuvre de la vente forcée du bien. Les dispositions de l'article 215 du Code civil ne créent pas un nouveau cas d'insaisissabilité et la jurisprudence estime qu'elles « doivent, hors le cas de fraude, être considérés comme inopposables aux créanciers sous peine de frapper les biens d'une insaisissabilité contraire à la loi »⁴¹⁶. Ainsi, sauf en cas de fraude⁴¹⁷, la protection du logement familial issue des dispositions de l'article 215 du Code civil reste très limitée, pour ne pas dire inefficace. Ce qui fait dire à certains auteurs que « les règles de l'article 764 du Code civil bénéficiant au conjoint

collections de tableaux qui peuvent être dans les galeries ou pièces particulières. Il en est de même des porcelaines : celles seulement qui font partie de la décoration d'un appartement sont comprises sous la dénomination de "meubles meublants ».

⁴¹⁴ M. Grimaldi, *Le logement de famille*, op. cit., p. 1025 et s.

⁴¹⁵ Cass. 3^e civ., 12 oct. 1977, n° 76-12.482, Bull. civ. III, n° 345, D. 1978, jur., p. 333, note Y. Chartier, RTD civ. 1979, p. 584, obs. R. Nerson. En ce sens, sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985 : Cass. 1^{re} civ., 21 mai 1997, n° 95-14.102, Bull. civ. I, n° 163

⁴¹⁶ Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 1978, n° 76-15.253, Bull. civ. I, n° 265, D. 1979, jur., p. 479, note Y. Chartier, JCP G 1980, II, n° 19368, note J.-C. Labbouz, RTD civ. 1979, p. 585, obs. R. Nerson R. ; Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 1991, n° 90-11.908, Bull. civ. I, n° 357.

⁴¹⁷ Pour des cas de fraude, v. Cass. 1^{re} civ., 21 juin 1978, n° 77-10.330, Bull. civ. I, n° 237, D. 1979, jur., p. 479, note Y. Chartier, RTD civ. 1979, p. 585, obs. R. Nerson ; fraude entre le débiteur et son créancier : Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juill. 1986, n° 85-12.695, Bull. civ. I, n° 191.

survivant apparaissent plus protectrices du logement familial que celles édictées par l'article 215, alinéa 3, du Code civil »⁴¹⁸.

⁴¹⁸ En ce sens, M. Donnier et J.-B., *op. cit.*, n° 257, p. 86.

SECTION II.

LA SOUSTRACTION DE CERTAINS BIENS AU GAGE DES CREANCIERS PAR LA DECLARATION D'INSAISSABILITE

173. Le souci de protection de l'entrepreneur individuel a conduit le législateur institué le mécanisme de la déclaration d'insaisissabilité dont la finalité est de mettre à l'abri de la poursuite des créanciers les biens immobiliers personnels de celui-ci en cas de défaillance. Ainsi, le mécanisme de la déclaration d'insaisissabilité permet de soustraire certains biens du droit de gage général des créanciers. Nous verrons ainsi le champ d'application de ce mécanisme (Paragraphe 1) avant de nous intéresser à sa portée (Paragraphe 2).

§ 1. LE CHAMP D'APPLICATION DE LA DECLARATION D'INSAISSABILITE

174. Le mécanisme de la déclaration est une spécificité du droit français (A) inconnue en droit de l'OHADA (B).

A. La déclaration d'insaisissabilité en droit français

175. Contrairement à la création du patrimoine d'affectation, la déclaration d'insaisissabilité a pour objectif de déterminer une masse de biens qui sera exclue du gage de certains créanciers de l'entrepreneur individuel. En effet, la loi du 1^{er} août 2003⁴¹⁹ est venue consacrer le mécanisme de la déclaration d'insaisissabilité qui permet désormais à tout entrepreneur individuel de mettre à l'abri de ses créanciers professionnels sa résidence principale. L'objectif recherché par le législateur français à travers cette loi était alors de protéger la résidence principale de l'entrepreneur individuel⁴²⁰.

⁴¹⁹ Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique dite « Loi Dutreuil ».

⁴²⁰ D. Autem, L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel : Defrénois 2004, p. 127 ; M. Dagot, La déclaration d'insaisissabilité du logement principal de l'entrepreneur individuel : JCP N 2004, 1028 ; M. Laugier, Initiative économique et déclaration notariée d'insaisissabilité : JCP E 2003, 1507 ; P. Le Corre, Protection de l'entrepreneur individuel et déclaration d'insaisissabilité : AJDI 2004, p. 184 ; C. Malecki, La loi pour l'initiative économique et l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel : D. 2003, p. 2220 ; M.-H. Monsérié-Bon, L'insaisissabilité de la résidence principale : ordre et désordre dans le rôle de la publicité, Mél. R. Saint-Alary : PU Toulouse, 2006, p. 387 ; S. Piedelièvre, L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique : JCP G 2003, I, 165 ; L. Williatte-Pellitteri, L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel résultant de la loi du 1^{er} août 2003 : la boîte de pandore du monde des affaires ? : LPA 9 août 2004, p. 3 ; G. Chabot, Sources du droit en matière d'entreprise individuelle, Jcl. Entreprise individuelle, op. cit., n° 134 et s.

176. Pourtant, le mécanisme n'est pas nouveau. Le législateur avait consacré à travers la loi du 12 juillet 1909⁴²¹ un mécanisme similaire qui permettait aux travailleurs de constituer un bien de famille insaisissable, et qui échappait à la poursuite de leurs créanciers⁴²². Comme pour le mécanisme de la déclaration d'insaisissabilité, le bien de famille, pour être insaisissable, devait constituer le logement familial⁴²³. Cependant, le mécanisme d'insaisissabilité du bien de famille a été abrogé par la loi du 13 décembre 2011⁴²⁴.

En fait, tout comme le mécanisme d'insaisissabilité du bien de famille, la déclaration d'insaisissabilité telle qu'elle résultait de la loi de 2003 ne portait pas atteinte au droit de gage général des créanciers professionnels de l'entrepreneur individuel car elle avait une portée limitée. En effet, seule la résidence principale de l'entrepreneur individuel était soustraite de la poursuite des créanciers professionnels de ce dernier. Tous les autres biens immobiliers, peu importe leur destination, faisaient partie du droit de gage général des créanciers. Ainsi, la loi du 1er août 2003 pour l'initiative économique, ne visait que la protection d'un élément du patrimoine de l'entrepreneur individuel à savoir sa résidence principale.

177. Toutefois, cette atteinte au droit de poursuite de ses créanciers professionnels, qui était limitée au départ sur la résidence principale de l'entrepreneur individuel a été étendue à d'autres biens. En effet, le législateur a étendu le champ d'application de la déclaration d'insaisissabilité. La faculté offerte à l'entrepreneur individuel de soustraire sa résidence principale du droit de gage de ses créanciers professionnels a été étendue par la loi du 4 août 2008 à tous les biens immobiliers non professionnels⁴²⁵. L'article L. 526-1 du code de commerce dispose que l'entrepreneur individuel « peut déclarer insaisissables ses droits sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale ainsi que sur tout bien foncier bâti ou non bâti qu'il n'a pas affecté à son usage professionnel »⁴²⁶. Dès lors, tous les biens immobiliers de l'entrepreneur individuel qui n'ont pas une affectation professionnelle peuvent être soustraits au gage des créanciers professionnels. L'élargissement de l'objet de la déclaration d'insaisissabilité confère ainsi à ce mécanisme de protection une portée beaucoup plus

⁴²¹ Loi du 12 juill. 1909 sur la constitution du bien de famille.

⁴²² Toutefois, il a été admis que l'immeuble servant de bien de famille pouvait être à usage mixte, v. G. Chabot, Sources du droit en matière d'entreprise individuelle, Jcl. Entreprise individuelle, op. cit., n° 134.

⁴²³ Ibid.

⁴²⁴ Art. 12, Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles.

⁴²⁵ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

⁴²⁶ V. à cet effet, S. Piedelièvre, Le nouveau droit de l'insaisissabilité, Defrénois, 30 nov. 2008, p. 2245 ; O. Salati, Modifications apportées au dispositif d'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel par la loi du 4 août 2008 : Procédures 2008, p. 2 ; D. Dupuis, L'insaisissabilité des biens que l'entrepreneur individuel n'a pas affectés à son usage professionnel : un miroir aux alouettes ? : Cah. dr. entr. 2008, p. 35.

importante dans la mesure où ce sont « les biens les plus importants de l'entrepreneur individuel qui pourront être protégés contre les risques professionnels qu'il encourt »⁴²⁷.

Le nouveau « visage » du mécanisme de la déclaration d'insaisissabilité permettant à l'entrepreneur individuel, quel que soit son activité, de protéger son patrimoine immobilier non professionnel, constitue une véritable exception aux dispositions des articles 2284 et 2285 du Code civil, d'où la formule de l'article L. 526-1 du code de commerce « Par dérogation aux articles 2284 et 2285 du code civil, une personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante peut déclarer insaisissables ses droits sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale ainsi que sur tout bien foncier bâti ou non bâti qu'elle n'a pas affecté à son usage professionnel »⁴²⁸.

B. La déclaration d'insaisissabilité en droit de l'OHADA

178. Le droit de l'OHADA ignore le mécanisme de la déclaration d'insaisissabilité (1). Cependant, compte tenu de son importance, il serait souhaitable de le consacrer en droit de l'OHADA afin de permettre à l'entrepreneur individuel de protéger certains de ses biens en cas de difficultés (2).

1. Un mécanisme inexistant en droit de l'OHADA

179. Le mécanisme de la déclaration d'insaisissabilité est une spécificité du droit français. En effet, le droit OHADA ne consacre pas le mécanisme de la déclaration notariée d'insaisissabilité dans son arsenal juridique. L'entrepreneur individuel dans l'espace OHADA, qui est soumis au même titre que l'entrepreneur individuel français au principe d'unité du patrimoine, ne peut mettre à l'abri de la poursuite de ses créanciers professionnels ses biens immobiliers personnels, ni même sa résidence principale. Les biens immobiliers personnels et professionnels dont il dispose sont compris dans le gage général de ses créanciers.

180. Les pays membres de l'OHADA, n'ont également pas consacré dans leurs législations nationales des dispositions protectrices de l'entrepreneur individuel à l'instar du droit français. En l'absence de consécration de ce mécanisme dans les textes communautaires rien n'interdit aux États membres d'aménager de tels dispositifs dans leurs ordres juridiques nationaux⁴²⁹. C'est d'ailleurs ce que préconise l'article 51 de l'AUVE qui précise que « les biens et droits insaisissables sont définis

⁴²⁷ G. Chabot, Sources du droit en matière d'entreprise individuelle, Jcl. Entreprise individuelle, op. cit., n° 136.

⁴²⁸ Art. L. 526-1, al. 1, C. com.

⁴²⁹ L'art. 10 du Traité de l'OHADA ne vise que les dispositions qui sont contraires aux Actes uniformes. En effet, « les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure ».

par chacun des États parties ». Ainsi, le vide juridique laissé au niveau communautaire pouvait être comblé par les États membres sur ce point afin de garantir aux entrepreneurs individuels la protection des biens personnels qui ne sont pas utilisés dans le cadre de leurs activités professionnelles. En effet, le droit OHADA renvoie aux législations nationales pour déterminer les biens et droits insaisissables dans chaque État partie⁴³⁰. Cependant, compte tenu de la politique d'harmonisation et d'unification du droit des affaires dans cet espace, la consécration de la déclaration d'insaisissabilité au niveau communautaire aurait été plus opportune. En ce sens, elle favoriserait l'égalité entre tous entrepreneurs individuels évoluant dans l'espace OHADA par l'harmonisation des règles protectrices issue du mécanisme de la déclaration d'insaisissabilité⁴³¹. Tout au plus l'Acte uniforme, plus précisément celui portant sur le droit commercial général puisqu'il intègre désormais le statut de l'entrepreneur, pourrait poser les règles de base régissant la déclaration d'insaisissabilité afin de garantir l'harmonisation de ce mécanisme dans l'espace OHADA, tout en laissant à chaque Etat membre la possibilité de le transposer en fonction de la spécificité de son système juridique⁴³².

2. Un mécanisme souhaitable en droit de l'OHADA

181. Une telle protection serait, en effet, salvatrice dans la mesure où elle pourrait contribuer à réduire le nombre incessant d'entrepreneurs individuels qui exercent leurs activités dans un cadre informel. Même si la lourdeur des formalités administratives constitue l'un des facteurs justifiant le taux élevé d'entrepreneurs « informels », l'absence d'une protection efficace a favorisé le maintien de cette situation⁴³³.

Ainsi, il serait souhaitable voire opportun même d'intégrer le mécanisme de la déclaration d'insaisissabilité dans le système juridique OHADA afin d'assurer la protection du patrimoine personnel des entrepreneurs individuels évoluant dans l'espace OHADA.

182. Toutefois, le mécanisme de la déclaration d'insaisissabilité, ne doit pas être une copie de celui qui a cours en droit français. En effet, ce mécanisme pourrait être simplement limité à la protection

⁴³⁰ Sur la question, v. M. Samb, op. cit., p. 440 et s.

⁴³¹ Conformément au droit OHADA qui « pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels », art. 1, T., OHADA.

⁴³² Comme ce fut le cas avec la consécration du statut de l'entrepreneur en droit de l'OHADA. En effet l'art. 30, al. 7, AUDCG dispose que « chaque Etat partie fixe les mesures incitatives pour l'activité de l'entrepreneur notamment en matière d'imposition fiscale et d'assujettissement aux charges sociales ».

⁴³³ Surtout en ce moment où dans la plupart des Etats membres de l'OHADA des politiques de réformes de la propriété foncière sont en cours. V. à cet effet, Loi n° 07-2011 du 22 février 2011 portant transformation des permis d'habiter et titres similaires en titres fonciers.

de la résidence principale de l'entrepreneur individuel et ne concerner que certaines créances. La transposition aveugle des mécanismes du droit français dans les systèmes juridiques des pays membres de l'espace OHADA ne constitue pas une solution idoine. Le législateur doit tenir en compte des réalités socio-économiques africaines et de la situation dans laquelle se meut l'entrepreneur individuel dans l'espace OHADA. Si le législateur français a étendu le champ d'application du mécanisme de la déclaration notariée d'insaisissabilité à tous les biens immobiliers de l'entrepreneur individuel qui ne sont pas affectés à son activité professionnelle par la loi du 4 août 2008, c'est en considération de la situation économique dans laquelle se trouve les différents acteurs de ce secteur et les relations qui existent entre ces derniers et leurs créanciers. La situation est différente dans l'espace OHADA. En effet, la nécessité de protéger les entrepreneurs individuels ne doit pas aller à l'encontre de la volonté d'assurer les intérêts des créanciers.

183. En pratique, dans l'espace OHADA tout comme en droit français d'ailleurs, la confiance des créanciers est subordonnée à la capacité patrimoniale du débiteur. Ils vérifient souvent si l'entrepreneur individuel est solvable avant d'accorder leur confiance. Et, le plus souvent, c'est la consistance du patrimoine immobilier qui est déterminante dans la capacité de celui-ci à honorer ses engagements. Ainsi, soustraire du droit de gage des créanciers de l'entrepreneur individuel dans l'espace OHADA tous les biens immobiliers qui ne sont pas affectés à son activité professionnelle pourrait conduire à une méfiance qui paralyserait d'avantage le secteur de l'entrepreneuriat individuel.

184. Fort de ce constat, l'intégration du mécanisme de la déclaration d'insaisissabilité en droit de l'OHADA doit se reposer sur une double approche qui allie, d'une part, la préservation des intérêts des créanciers et, d'autre part, la nécessité de la protection de la résidence principale de l'entrepreneur individuel. Ainsi, les créanciers professionnels qui sont postérieurs à la déclaration d'insaisissabilité⁴³⁴ ne pourront pas saisir la résidence principale de l'entrepreneur individuel.

Toutefois, lorsque la résidence principale sert également de lieu d'exercice d'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel, les dispositions de l'article L. 526-1 du code de commerce pourraient s'appliquer. Dans cette hypothèse, la partie affectée à un usage d'habitation ne pourra être déclarée insaisissable « que si elle est désignée dans un état descriptif de division »⁴³⁵. En outre, comme le précise l'article L. 526-1, alinéa 2 du code de commerce, la domiciliation de la résidence principale de l'entrepreneur individuel dans le même immeuble où il exerce son activité

⁴³⁴ La déclaration pourrait être faite au niveau du RCCM et suivre le même régime que la déclaration d'hypothèque pour sa validité et son opposabilité aux créanciers postérieurs.

⁴³⁵ Art. L. 526-1, al. 2, C. com.

professionnelle ne fait pas obstacle à la déclaration d'insaisissabilité sans même qu'il y ait un état descriptif de division⁴³⁶.

Dès lors, le mécanisme de la déclaration d'insaisissabilité tel que nous la percevons en droit de l'OHADA présente des différences avec celui que nous connaissons en droit français quant à leur objet. Le souhait pour le mécanisme de la déclaration d'insaisissabilité en droit de l'OHADA est de la limiter à la résidence principale de l'entrepreneur individuel, tandis que le droit français vise tous les biens immobiliers bâtis ou non bâtis qui ne sont pas utilisés dans le cadre de l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel. Cette différence d'objet se répercutera certainement sur la portée de la déclaration d'insaisissabilité.

§ 2. LA PORTEE DE LA DECLARATION D'INSAISSABILITE

185. L'entrepreneur individuel, en droit français, peut rendre insaisissable l'ensemble de son patrimoine immobilier personnel qu'il n'utilise pas dans le cadre de son activité professionnelle. Cependant, le mécanisme de la déclaration d'insaisissabilité soulève quelques difficultés, notamment en ce qui concerne les biens pouvant être déclarés insaisissables (A). D'autres difficultés surgissent également quant aux créances pouvant être concernées par cette déclaration (B).

A. Les biens concernés par la déclaration d'insaisissabilité

186. Les biens immobiliers déclarés insaisissables doivent appartenir à l'entrepreneur individuel (1). Toutefois, la loi permet de déclarer insaisissables certains immeubles n'appartenant pas exclusivement à l'entrepreneur individuel (2).

1. Les biens appartenant exclusivement à l'entrepreneur individuel

187. L'entrepreneur individuel peut déclarer insaisissable sa résidence principale et ses biens fonciers bâtis ou non bâtis. La loi vise, en réalité, plus concrètement les droits portants sur ces biens immobiliers, notamment le droit d'usage, le droit de propriété et l'usufruit. En revanche, selon certains auteurs l'insaisissabilité résultant de la déclaration notariée ne peut porter sur la nue-propriété, alors que d'autres soutiennent le contraire⁴³⁷.

⁴³⁶ En effet, aux termes de l'art. L. 526-1, al. 2, C. com., « lorsque le bien foncier n'est pas utilisé en totalité pour un usage professionnel, la partie non affectée à un usage professionnel ne peut faire l'objet de la déclaration que si elle est désignée dans un état descriptif de division. La domiciliation du déclarant dans son local d'habitation en application de l'article L. 123-10 ne fait pas obstacle à ce que ce local fasse l'objet de la déclaration, sans qu'un état descriptif de division soit nécessaire ».

⁴³⁷ V. à ce propos, P. Boutiller, Les nouvelles mesures de protection du patrimoine de l'entrepreneur individuel, JCP E 2003, Prat. 1359, p. 1518.

188. L'immeuble, pour être soustrait au gage des créanciers professionnels, doit servir de résidence à l'entrepreneur individuel. L'article L. 526-1 du code de commerce ne fait aucune allusion ni au domicile⁴³⁸ ni à la résidence de famille. A ce titre, il importe que l'entrepreneur soit marié ou célibataire, il suffit juste que l'immeuble soit sa résidence principale. Toutefois, comme nous l'avons souligné, lorsque l'immeuble dans lequel vit l'entrepreneur individuel sert également de lieu d'exercice de ses activités, l'article L. 526-1 alinéa 2 du code de commerce précise que « la partie non affectée à un usage professionnel ne peut faire l'objet de la déclaration que si elle est désignée dans un état descriptif de division. La domiciliation du déclarant 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 fasse l'objet de la déclaration, sans qu'un état descriptif de division soit nécessaire »⁴³⁹. Sans cet état descriptif de division qui « permet d'individualiser les lots dans une copropriété »⁴⁴⁰, le mécanisme de protection ne pourra pas jouer. Ainsi, seule la partie de l'immeuble abritant l'activité professionnelle pourra être saisie par les créanciers professionnels. Cependant, la saisie d'une seule partie de la résidence principale peut s'avérer délicate dans sa mise en œuvre. Il a été avancé que lorsque la partie de l'immeuble dans laquelle s'exerce l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel suit un régime différent de celui de la partie à usage d'habitation, la déclaration d'insaisissabilité ne porte que sur cette dernière. A l'inverse, lorsque l'entrepreneur individuel exerce son activité sans aucune modification juridique de la destination du local consacré à ses activités professionnelles, l'insaisissabilité portera sur l'immeuble toute entier⁴⁴¹.

189. À l'insaisissabilité de la résidence principale résultant de la déclaration notariée prévue par la loi de 2003, le législateur français est venu compléter ce mécanisme de protection des biens de l'entrepreneur individuel par la loi du 4 août 2008. Ainsi, les entrepreneurs individuels peuvent étendre le mécanisme de la déclaration d'insaisissabilité à leurs immeubles bâtis ou non. Dès lors seuls les créanciers domestiques et les créanciers dont la créance est née antérieurement à la déclaration peuvent exercer leurs droits sur lesdits biens.

⁴³⁸ La notion de résidence étant à cet effet plus conforme à la réalité, v. S. Piedelièvre, L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, JCP E, 1^{er} oct. 2003, p. 1717 et s.

⁴³⁹ Selon l'article L. 123-10 al. 2 et 3 du C. com. « les personnes physiques peuvent déclarer l'adresse de leur local d'habitation et y exercer une activité, dès lors qu'aucune disposition législative ou stipulation contractuelle ne s'y oppose. Lorsqu'elles ne disposent pas d'un établissement, les personnes physiques peuvent, à titre exclusif d'adresse de l'entreprise, déclarer celle de leur local d'habitation. Cette déclaration n'entraîne ni changement d'affectation des locaux, ni application du statut des baux commerciaux ».

⁴⁴⁰ V. P.-M. Le Corre, Protection de l'entrepreneur individuel et déclaration d'insaisissabilité. À propos de la loi pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003, AJDI 2004, p. 179 et s.

⁴⁴¹ Réponse ministérielle n° 85332.

2. Les biens n'appartenant pas exclusivement à l'entrepreneur individuel

190. Lorsque les biens immobiliers appartiennent exclusivement à l'entrepreneur individuel, il ne se pose aucun problème. Il dispose d'un droit de propriété absolu sur ces biens. Cependant, lorsque les biens immobiliers sont communs ou indivis, des difficultés peuvent survenir. L'article L. 526-2 du code de commerce dispose à cet effet que la déclaration d'insaisissabilité doit contenir « une description détaillée de l'immeuble et l'indication de son caractère propre, commun ou indivis ». S'agissant des biens indivis, on se souvient que l'article 815-17 du Code civil interdit aux créanciers personnels d'un indivisaire de saisir la part de leur débiteur. Ces derniers ne peuvent que provoquer le partage afin d'obtenir le paiement de leurs créances⁴⁴². La déclaration d'insaisissabilité vient renforcer la protection du patrimoine de l'entrepreneur individuel dans la mesure où les créanciers de l'indivisaire, c'est-à-dire les créanciers de l'entrepreneur individuel ne peuvent saisir le bien indivis même après le partage. Cette protection est d'autant plus nécessaire lorsque le bien en question est un immeuble indivis entre époux mariés sous un régime séparatiste. Elle joue pleinement en faveur de l'entrepreneur individuel lorsque, lors du partage l'immeuble est mis sur son lot de partage. En effet, par l'effet rétroactif du partage, les actes effectués par un indivisaire sont rétroactivement validés⁴⁴³. Encore faudrait-il que l'insaisissabilité grève toujours sa résidence principale au moment du partage.

191. Lorsqu'il s'agit de biens communs, l'article 1415 du Code civil pose déjà une forme d'insaisissabilité en disposant que « chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus par un cautionnement ou un emprunt »⁴⁴⁴. L'engagement des biens communs ne peut résulter, dès lors, que de l'intervention du conjoint de l'entrepreneur individuel dans la souscription du prêt. Dans cette hypothèse, si le conjoint n'intervient que pour donner son autorisation à la souscription du prêt, les créanciers ne peuvent pas saisir l'immeuble déclaré insaisissable sur le chef du conjoint non déclarant. En revanche, lorsque le conjoint intervient en qualité de codébiteur, on serait tenté de penser que les créanciers pourront saisir l'immeuble déclaré insaisissable par l'entrepreneur individuel. Cette solution résulte de l'article 1413 du Code civil qui permet aux créanciers dont la dette est née au cours de la communauté de poursuivre la réalisation de leur gage sur les biens communs.

Cependant, elle nuirait gravement à l'efficacité du dispositif. Certains auteurs pensent qu'elle ne s'impose pas, au sens large de l'article L. 526-1 du Commerce de commerce qui vise les créances qui

⁴⁴² V. aussi pour les immeubles indivis en droit OHADA, art. 249, AUVÉ.

⁴⁴³ V. S. Piedelièvre, *L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel*, op. cit., n° 40, 1^{re} oct. 2003, I 165.

⁴⁴⁴ V. art. 1415, C. civ.

naissent à l'occasion de l'activité professionnelle et non celles qui naissent du chef du déclarant. Toutefois, les dettes professionnelles du conjoint de l'entrepreneur individuel ne sont pas concernées par la déclaration d'insaisissabilité⁴⁴⁵. Les créanciers personnels de ce dernier peuvent saisir l'immeuble déclaré insaisissable par l'entrepreneur individuel à moins que son conjoint ne procède également à une autre déclaration d'insaisissabilité sur les mêmes biens, lorsqu'il exerce une activité professionnelle visée par la loi de 2003. À défaut, la déclaration d'insaisissabilité n'aura qu'un effet limité à l'égard des créanciers et la protection recherchée par le législateur serait inefficace.

192. S'agissant du cautionnement, certains auteurs ont admis l'idée selon laquelle le conjoint caution peut opposer aux créanciers de l'entrepreneur individuel sur le fondement des dispositions de l'article 2036 du Code civil. Aux termes de cette disposition « la caution peut opposer aux créanciers toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette »⁴⁴⁶. Cette solution paraît critiquable dans la mesure où l'alinéa 2 de l'article 2036 du Code civil précise que « la caution ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur ». Or, comme l'a souligné une partie de la doctrine⁴⁴⁷, l'exception résultant de la déclaration d'insaisissabilité est purement personnelle à l'entrepreneur individuel compte tenu de la portée protectrice de l'article L. 256-1 du code de commerce.

B. Les créances concernées par la déclaration d'insaisissabilité

193. La déclaration d'insaisissabilité est opposable aux créanciers professionnels postérieurs. Cependant, elle est inopposable à certains créanciers (2) et la qualité de certains créanciers soulève des difficultés dans l'appréciation de son opposabilité (1).

1. Les difficultés soulevées par les créances mixtes

194. Les dettes contractées par l'entrepreneur individuel sont soit professionnelles, soit personnelles. Toutefois, il arrive que certaines dettes présentent un caractère mixte. Ce qui peut soulever des difficultés, notamment en cas de déclaration d'insaisissabilité. À la lecture de l'article L. 526-1 du code de commerce, seules les créances professionnelles sont concernées par la déclaration d'insaisissabilité. Cependant, le législateur n'a pas déterminé de façon précise et claire les créances qui sont concernées par cette déclaration. S'il est évident que les créances qui naissent uniquement dans le cadre de l'activité professionnelle sont concernées, la question reste tout de même sans

⁴⁴⁵ V. à cet effet, L. Williate-Pelliteri, L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel résultant de la loi du 1^{er} août 2003 : La boîte de pandore du monde des affaires, LPA 9 août 2004, n° 158, p. 3 et s.

⁴⁴⁶ Art. 2036, al. 1, C. civ.

⁴⁴⁷ V. P.-M. Le Corre, Protection de l'entrepreneur individuel et déclaration d'insaisissabilité. À propos de la loi pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003, op. cit., p. 179 et s.

réponse, au regard du texte législatif, pour les créances qui répondent à la fois à un besoin professionnel et personnel de l'entrepreneur individuel. On peut légitimement se demander si les créances « mixtes » sont concernées par la protection résultant de la déclaration d'insaisissabilité. Ainsi, lorsque l'entrepreneur individuel fait un prêt pour l'acquisition d'une voiture qu'il utilise à des fins professionnels et personnels, doit-on considérer dans cette hypothèse qu'il s'agit d'une créance professionnelle ou s'agit-il d'une créance personnelle. Lorsqu'il s'agit-il d'une créance professionnelle, c'est-à-dire une créance qui a un lien direct avec l'activité professionnelle, on se retrouve dans les critères d'identification visés par la déclaration d'insaisissabilité et par voie de conséquence le créancier se voit opposer la déclaration d'insaisissabilité.

Les critères dégagés dans l'article L. 526-1 du code de commerce permettent d'exclure les créances ayant une finalité personnelle ou familiale. Lorsque la créance est qualifiée de personnelle, elle n'est pas concerné par la déclaration d'insaisissabilité. Une partie de la doctrine avait admis l'idée selon laquelle, en présence d'une créance mixte, le caractère professionnel devait l'emporter sur le caractère personnel. Une telle solution peut être considérée comme étant conforme à l'esprit de la loi de 2003 car elle vise à renforcer la protection résultant de la déclaration d'insaisissabilité. Les tenants de cette thèse pensent que l'entrepreneur individuel peut opposer dans ce cas à ses créanciers la déclaration d'insaisissabilité sur le fondement des principes inspirés du droit commercial qui « laissent à penser que les dispositions les plus favorables aux plus faibles des contractants doivent l'emporter ». Mais, il faudrait dans ce cas, avant toute chose, déterminer qui des contractants est le plus faible. Si dans la plupart des opérations auxquelles il prend part, l'entrepreneur individuel est en position de faiblesse, il n'est pas certifié qu'il est toujours la partie la plus faible. Même s'il est admis qu'il est la partie la plus faible dans cette opération, aucun principe juridique ne peut justifier une telle solution. Il est vrai que le droit commercial, relativement aux actes mixtes, aménage des solutions plus favorables à l'une des parties supposée être la plus vulnérable. Mais, ces mesures sont applicables dans les relations entre commerçants et non-commerçants afin de permettre à ces derniers de bénéficier de dispositions qui leurs sont beaucoup plus protectrices de leurs intérêts compte tenu de leur vulnérabilité. Or, l'entrepreneur individuel étant un professionnel, la théorie des actes mixtes ne peut trouver une application dans cette situation, sous peine de rompre l'équilibre contractuel.

195. Face à l'insuffisance des solutions proposées par une partie de la doctrine, d'autres auteurs ont préconisé de préciser en amont lors de la conclusion de leur contrat quelle est la nature de la créance. Juridiquement rien n'interdit un tel procédé et, il a le mérite d'éviter les éventuelles contestations pouvant subvenir lorsque l'entrepreneur individuel est en difficulté. Dès lors, le créancier ne pourra pas se voir opposer l'insaisissabilité lorsqu'au moment de la souscription du prêt, l'entrepreneur individuel avait indiqué la nature personnelle de la créance. A l'inverse aussi le

créancier se verra opposer la déclaration d'insaisissabilité lorsque l'entrepreneur individuel avait pris le soin de mentionner que la créance avait un caractère professionnel.

Cependant, la solution ainsi proposée risque d'être inefficace, car si les créanciers peuvent librement déterminer la nature de leur contrat, ils pourront écarter le caractère professionnel de la créance dans le seul but d'échapper aux effets de la déclaration d'insaisissabilité.

2. Les créances exclues du champ d'application de la déclaration d'insaisissabilité

196. La déclaration d'insaisissabilité vise les créances professionnelles postérieures à la déclaration. Cette formule englobe nécessairement les créances contractuelles et dans une moindre mesure les créances délictuelles. Une partie de la doctrine considère que certaines créances délictuelles qui sont nées dans le cadre de l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel n'entrent pas dans le champ d'application de l'article L. 526-1 du code de commerce. Selon les partisans de cette thèse, l'ouvrier qui se blesse avec les outils appartenant à l'entrepreneur individuel et qui obtient des dommages et intérêts à la suite de cet accident peut saisir les biens déclarés insaisissables dans la mesure où sa créance est personnelle. Les créances délictuelles n'entrent dans le champ d'application de l'article L. 526-1 du code de commerce que lorsqu'elles ont pour cause et pour finalité l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel. La créance est concernée par l'insaisissabilité que, si et seulement si, elle naît à l'occasion de l'activité professionnelle et à pour cause ladite activité. En revanche, si la créance délictuelle est née à l'occasion de l'activité professionnelle mais qu'elle n'a pas pour finalité celle-ci, elle n'est pas concernée par l'insaisissabilité. Le critère d'appréciation devient dès lors double. Il repose ainsi sur la cause et la finalité de la créance.

197. Doit-on en conclure alors que la formule de l'article L. 526-1 du code de commerce vise toutes les créances qui sont nées à l'occasion de l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel ou s'agit-il uniquement des créances qui ont pour cause et finalité l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel? Certaines créances naissent au cours de l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel sans pour autant entrer dans la catégorie des créances contractuelle ou délictuelle. Il en est ainsi des créances fiscales comme la taxe professionnelle ou les créances de l'URSSAF⁴⁴⁸. Celles-ci se présentent sous un aspect particulier qui fait douter de leur caractère professionnel ou non. En réalité c'est de leur caractère professionnel ou non que dépend leur

⁴⁴⁸ V. S. Piedelièvre, *L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel*, op. cit., n° 40, 1^{re} oct. 2003, I 165.

soumission à la déclaration d'insaisissabilité. Certains auteurs pensent que quel que soit leur régime elles devraient être soumises à l'insaisissabilité⁴⁴⁹.

D'autres auteurs considèrent que ces créances bien que naissant dans le cadre de l'exercice de l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel ne sont pas, en réalité, des créances professionnelles, et doivent de ce fait échapper à l'insaisissabilité. En effet, selon ces derniers, la finalité de ces créances n'est pas exclusivement professionnelle même si elles sont dues dans le cadre de l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel. Cette solution s'applique également pour les créances des caisses de retraites car elles n'ont pas pour finalité l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel mais elles visent à assurer à ce dernier « un confort vital pendant sa retraite »⁴⁵⁰. Ainsi, ces cotisations ne doivent pas être considérées comme étant des dettes professionnelles, et à ce titre elles échappent au champ d'application de la déclaration d'insaisissabilité.

Néanmoins, au regard de l'esprit et de la finalité de l'article L. 526-1 du code de commerce, ces dettes doivent être, nous semble-t-il, visées par la déclaration d'insaisissabilité, nonobstant leur régime.

⁴⁴⁹ V. L. Williatte-Pellitteri, L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel résultant de la loi du 1^{er} août 2003 : La boîte de pandore du monde des affaires, op. cit., p. 3 et s.

⁴⁵⁰ Ibid.

CHAPITRE II.

LA PROTECTION DE L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL PAR L'AFFECTION DE CERTAINS BIENS AU GAGE DES CREANCIERS

198. Contrairement au mécanisme de la déclaration d'insaisissabilité et aux régimes séparatistes qui permettent à l'entrepreneur individuel de soustraire certains de ses biens au droit de gage général des créanciers, d'autres mécanismes peuvent, en revanche, permettre d'affecter certains biens au gage des créanciers. Depuis l'avènement du patrimoine d'affectation en droit français, la loi permet à l'entrepreneur individuel d'affecter les biens qu'il utilise dans le cadre de son activité professionnelle au gage des créanciers professionnels en adoptant le statut de l'EIRL. Ainsi, les créanciers professionnels n'auront désormais que pour seul gage les biens affectés. Corrélativement, les créanciers dont les droits ne sont pas nés dans le cadre de l'activité de l'entrepreneur individuel auront pour gage le patrimoine non affecté. En conséquence, l'affectation patrimoniale instaure un véritable cloisonnement entre les créanciers de l'EIRL (section 1).

199. L'entrepreneur individuel peut aussi recourir au mécanisme de la fiducie afin de transférer certains biens, droits ou sûretés dans un patrimoine fiduciaire au profit d'un bénéficiaire qui peut être l'entrepreneur lui-même. Ainsi, l'entrepreneur individuel peut utiliser le mécanisme de la fiducie comme outil d'affectation de certains biens au gage des créanciers qui verront leurs droits cantonnés au seul patrimoine fiduciaire. Quoiqu'il en soit, le patrimoine fiduciaire, selon la technique adoptée, peut être un moyen de soustraire certains biens au gage des créanciers de l'entrepreneur individuel. Toutefois, nous retiendrons dans les développements qui suivront la fiducie comme technique d'affectation de certains biens au gage des créanciers (section 2).

SECTION I.

L'AFFECTION FIDUCIAIRE DE CERTAINS BIENS AU GAGE DES CREANCIERS

200. L'entrepreneur individuel peut recourir au mécanisme de la fiducie à fin d'affectation certains biens au gage de ses créanciers qui verront leurs droits cantonnés, en principe, sur le patrimoine fiduciaire. En effet, la fiducie consacre un véritable patrimoine d'affectation (Paragraphe 1) dont la portée à l'égard des créanciers de l'entrepreneur individuel est variable (Paragraphe 2).

§ 1. LA CONSECRATION DE L'AFFECTION FIDUCIAIRE

201. L'affectation fiduciaire est consacrée aussi bien droit français (A) qu'en droit de l'OHADA (B) même s'il n'a pas le même objet dans les deux systèmes juridiques.

A. L'affectation fiduciaire en droit français

203. Depuis la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie dite loi LME, toute personne physique, notamment l'entrepreneur individuel, peut transférer certains de ses biens, droits ou sûretés à un tiers pour le compte d'un bénéficiaire⁴⁵¹. Ce bénéficiaire peut être l'entrepreneur individuel lui-même ou le fiduciaire, il peut également être un créancier à qui l'entrepreneur individuel aménage cette sûreté pour la garantie d'un crédit. En effet, la loi LME est venue abroger la disposition du Code civil qui prévoyait que seules les personnes morales, soumises de plein droit ou sur option à l'impôt sur les sociétés, pouvaient être constituants⁴⁵².

Ainsi, la fiducie porte sur les biens, droits ou sûretés, présents ou futurs pris isolément ou dans un ensemble. Elle peut alors viser les biens meubles corporels et les biens meubles incorporels de l'entrepreneur individuel. Cependant, on constate que l'objet de l'affectation fiduciaire, en droit français, est plus large qu'en droit de l'Ohada. Tandis que le droit français intègre dans ce mécanisme le transfert de biens, droits ou sûretés, le droit Ohada se limite uniquement au transfert de sommes d'argent pour la garantie de l'exécution d'une obligation. L'article 87 de l'AUS la définit à cet effet, comme étant « la convention par laquelle un constituant cède des fonds en garantie de l'exécution d'une obligation ».

204. Les biens transférés dans le patrimoine fiduciaire doivent appartenir à l'entrepreneur individuel. Cependant, lorsque ce dernier est marié sous le régime de la communauté, il ne peut

⁴⁵¹ Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie

⁴⁵² V. art. 2014, C. civ.

transférer les biens communs dans un patrimoine fiduciaire sans le consentement de son époux. A cet effet, l'article 1424 du Code civil dispose que les époux « ne peuvent l'un sans l'autre transférer les biens de la communauté dans le patrimoine fiduciaire ». Cette mesure est justifiée car elle vise, comme dans le mécanisme de la déclaration d'insaisissabilité ou de la constitution d'un patrimoine d'affectation, à protéger le conjoint de l'entrepreneur individuel des risques de l'activité professionnelle de ce dernier.

205. Ainsi, la fiducie « est établie par la loi ou par un contrat » aux termes de l'article 2012 du Code civil⁴⁵³. Cependant, selon certains auteurs, la référence à la loi est maladroite car seul le contrat peut être à l'origine de la fiducie. Ainsi, le contrat, qui déterminera l'objet de la fiducie, sa durée, ses règles de fonctionnement, doit être expressément accepté par le constituant et le fiduciaire⁴⁵⁴. Les parties peuvent déterminer le bénéficiaire. Celui-ci peut être une personne morale ou une personne physique, voire aux termes de l'article 2016 du Code civil, le constituant ou le fiduciaire. Toutefois, sa désignation doit se faire avant l'expiration du terme de la fiducie. Lorsque le bénéficiaire est confondu dans la personne du fiduciaire, ce dernier s'approprie définitivement les biens transférés dans le patrimoine fiduciaire en cas de défaillance du constituant. Or, si le constituant est le bénéficiaire de la fiducie, contrairement à l'hypothèse précédente de la fiducie-sûreté, on est en présence d'une fiducie-gestion.

206. Toutefois, les biens transférés n'entrent pas dans le patrimoine du fiduciaire. La fiducie opère, en réalité, la création d'un patrimoine d'affectation où seront transférés les biens. Ainsi, l'entrepreneur individuel perd tout pouvoir d'administration et de disposition sur lesdits biens et droits⁴⁵⁵, ses créanciers perdent également toute possibilité d'exercer leurs droits sur les biens transférés. Mais, la fiducie peut être constituée sans dépossession. Lorsque les biens qui font l'objet de la fiducie sont nécessaires à l'exercice de l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel, les parties concluent une convention de mise à disposition, le plus souvent moyennant le paiement d'un loyer. En effet, l'article 2018-1 du Code civil dispose que « lorsque le contrat de fiducie prévoit que le constituant conserve l'usage ou la jouissance d'un fonds de commerce ou d'un immeuble à usage professionnel transféré dans le patrimoine fiduciaire, la convention conclue à cette fin n'est pas soumise aux chapitres IV et V du titre IV du livre Ier du code de commerce, sauf stipulation contraire ». La convention de mise à disposition emporte des conséquences particulières, notamment lorsque l'entrepreneur individuel est en cessation des paiements⁴⁵⁶.

⁴⁵³ V. J.-D. Pellier, Regard sur la fiducie, LPA, 21 mars 2007, p. 6.

⁴⁵⁴ V. à cet effet, P. Puig, La fiducie et les contrats nommés, Dr. et patr., juin 2008, p. 68

⁴⁵⁵ Cependant, l'entrepreneur individuel est considéré, sur le plan fiscal, comme étant titulaire des biens transmis dans le patrimoine fiduciaire.

⁴⁵⁶ V. partie II.

B. L'affectation fiduciaire en droit de l'OHADA

207. Comme le droit français, le droit OHADA consacre également le mécanisme de la fiducie. L'article 87 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés dispose que « le transfert fiduciaire d'une somme d'argent est la convention par laquelle un constituant cède des fonds en garantie de l'exécution d'une obligation »⁴⁵⁷. Toutefois, le transfert fiduciaire de somme d'argent doit être distingué du gage-espèce qui est une « opération par laquelle une personne transfère la propriété d'espèces monétaires auprès d'un bénéficiaire en garantie d'une dette et dans laquelle le bénéficiaire contracte concomitamment au profit du constituant une créance en restitution »⁴⁵⁸. Dans le gage-espèce, les sommes transférées entrent dans le patrimoine du créancier qui peut en disposer⁴⁵⁹

Comme pour le gage-espèce, l'entrepreneur individuel peut transférer des sommes d'argent en garantie de l'exécution de ses obligations à l'égard de ses créanciers. Cependant, ce transfert se fait dans « un compte bloqué ouvert au nom du créancier de cette obligation, dans les livres d'un établissement de crédit habilité à les recevoir »⁴⁶⁰. Dès lors, le droit OHADA limite la liste des personnes habilitées à recevoir le patrimoine fiduciaire aux seuls établissements de crédit contrairement au droit français qui a étendu cette liste avec la loi de modernisation de l'économie⁴⁶¹. En droit français, peuvent « avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés au I de l'article L. 511-1⁴⁶² du code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1⁴⁶³ du même code, les entreprises d'investissement mentionnées à

⁴⁵⁷ Art. 87, al. 2, AUS.

⁴⁵⁸ V. Rouit, Fiducie-sûreté, Lamy Droit des sûretés, mars 2012, p. 293-175

⁴⁵⁹ Sur cette question, v. Y. Picod, Droit des sûretés, PUF, 2^{ème} éd., 2011, n° 258 et 416 ; M. Cabrillac, C. Cabrillac, Ch. Mouly et Ph. Pétel, Droit des sûretés, Lexis Nexis, Litec, 9^{ème} éd., n° 580 et 842.

⁴⁶⁰ Art. 87, al. 2, AUS.

⁴⁶¹ loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie

⁴⁶² Aux termes de l'art. L. 511-1, C. mon. et fin., « I.-Les établissements de crédit sont les personnes morales dont l'activité consiste, pour leur propre compte et à titre de profession habituelle, à recevoir des fonds remboursables du public mentionnés à l'article L. 312-2 et à octroyer des crédits mentionnés à l'article L. 313-1.

II.-Les sociétés de financement sont des personnes morales, autres que des établissements de crédit, qui effectuent à titre de profession habituelle et pour leur propre compte des opérations de crédit dans les conditions et limites définies par leur agrément. Elles sont des établissements financiers au sens du 4 de l'article L. 511-21 ».

⁴⁶³ Selon ce texte, « ne sont pas soumis aux dispositions des chapitres Ier à VII du présent titre : le Trésor public, la Banque de France, La Poste, dans les conditions définies à l'article L. 518-25, l'institut d'émission des départements d'outre-mer, l'institut d'émission d'outre-mer et la Caisse des dépôts et consignations », art. L. 518-1, al. 1, C. mon. et fin.,

l'article L. 531-4⁴⁶⁴ du même code ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1⁴⁶⁵ du code des assurances. Les membres de la profession d'avocat peuvent également avoir la qualité de fiduciaire »⁴⁶⁶.

208. Ainsi, le transfert fiduciaire de sommes d'argent se distingue de l'affectation fiduciaire en droit français aussi bien au niveau de son mode de fonctionnement que de son objet. L'objet de l'affectation fiduciaire en droit français est plus large que celui prévu en droit OHADA. Contrairement à l'article 87 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés qui limite l'objet de la fiducie en droit OHADA au transfert de sommes d'argent, l'article 2011 du Code civil précise que l'objet de la fiducie est le transfert « des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires ». Le droit français consacre en fait un véritable transfert de propriété⁴⁶⁷. La propriété des biens ou droits de l'entrepreneur individuel est transmise au fiduciaire qui en devient propriétaire. Le fiduciaire dispose de toutes les prérogatives sur ces biens, il peut en user, profiter des fruits de ces biens ou même en disposer. Or, en droit OHADA, le fiduciaire ne dispose pas d'un droit de propriété sur les biens transférés dans un compte bloqué. L'article 90 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés dispose à cet effet que « si

464 Aux termes de l'art. L. 531-4, C. mon. et fin., « les entreprises d'investissement sont des personnes morales, autres que les établissements de crédit, qui fournissent des services d'investissement à titre de profession habituelle ».

465 Aux termes de l'art. L. 310-1, C. ass., « Le contrôle de l'État s'exerce dans l'intérêt des assurés, souscripteurs et bénéficiaires de contrats d'assurance et de capitalisation. Sont soumises à ce contrôle :

1° les entreprises qui sous forme d'assurance directe contractent des engagements dont l'exécution dépend de la durée de la vie humaine, s'engagent à verser un capital en cas de mariage ou de naissance d'enfants, ou font appel à l'épargne en vue de la capitalisation et contractent à cet effet des engagements déterminés ;

2° les entreprises qui sous forme d'assurance directe couvrent les risques de dommages corporels liés aux accidents et à la maladie ;

3° les entreprises qui sous forme d'assurance directe couvrent d'autres risques y compris ceux liés à une activité d'assistance.

Les mutuelles régies par le code de la mutualité, les institutions régies par le livre IX du code de la sécurité sociale et à l'article L. 727-2 du code rural et de la pêche maritime ne sont pas soumises aux dispositions du présent code.

Sont également soumises au contrôle de l'Etat les entreprises agréées à la date du 1er janvier 1993 qui font appel à l'épargne en vue de la capitalisation sans souscrire d'engagements déterminés ».

466 Art. 2015, C. civ.

467 V. à ce propos, v. L. Aynès et P. Crocq, Les sûretés, La publicité foncière, Defrénois, 5^e éd., 2011, n° 787, p. 373 ; M. Bourassin, V. Brémond. et M.-N. Jobard-Bachelier, Droit des sûretés, Sirey, 3^e éd., 2012, n° 1279, p. 337 ; M. Mignot, Droit des sûretés, Montchrestien, 1^{re} éd., 2010, n° 3067, p. 674 ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, Les sûretés, La publicité foncière, D. 2009, 5^e éd., n° 681, p. 599 ; R. Libchaber, Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007, Defrénois 2007, art. 38631, Defrénois 2007, art. 38639.

les fonds cédés produisent intérêts, ces derniers sont portés au crédit du compte, sauf convention contraire ». Et, l'article 87 précise clairement que ce compte sur lequel sont transférés ces fonds est ouvert au nom du créancier de l'obligation, qui est identifié dans la convention à peine de nullité de la convention⁴⁶⁸. Même si la fiducie confère au créancier un droit exclusif sur les biens transférés, ce qui est également le cas en droit français⁴⁶⁹, le droit OHADA ne confère aucune prérogative au fiduciaire sur les fonds déposés. Il semble que son rôle se limite à la tenue du compte bloqué au profit du créancier bénéficiaire.

209. Les créanciers du constituant ne peuvent pas saisir les fonds transférés dans le compte bloqué à partir de la notification du transfert fiduciaire à l'établissement de crédit⁴⁷⁰. En fait, l'Acte uniforme portant organisation des sûretés ne prévoit pas de formalité de publicité du transfert fiduciaire au Registre du commerce et du crédit mobilier pour sa validité ou son opposabilité à l'égard des tiers. L'article 89 de l'Acte uniforme précise simplement que son opposabilité aux tiers est conditionnée à la notification à l'établissement détenteur du compte du transfert fiduciaire. A partir de ce moment, les fonds seront insaisissables par les créanciers du constituant, éventuellement y compris l'établissement de crédit détenteur du compte. L'Acte uniforme n'apporte aucune précision sur les droits des créanciers du bénéficiaire du compte sur celui-ci, mais, il est évident qu'ils ne pourront pas saisir les fonds transférés sur le compte car ils ne peuvent pas avoir plus de droit sur ledit compte que le bénéficiaire lui-même. Ce dernier ne peut réclamer les fonds qu'en cas de défaillance, ce dans un délai de huit jours après l'échéance après avoir averti l'entrepreneur individuel défaillant. En effet, l'article 91 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés dispose qu' « en cas de défaillance du débiteur et huit jours après que le constituant en ait été dûment averti, le créancier peut se faire remettre les fonds cédés dans la limite du montant des créances garanties demeurant impayées »⁴⁷¹. Les parties au contrat de fiducie ne peuvent pas déroger à cette règle, la loi répute toute clause contraire non écrite⁴⁷². Toutefois, si à l'échéance et en cas de paiement complet les fonds inscrits sur le compte sont restitués à l'entrepreneur individuel. A ce moment, les créanciers de ce dernier pourront reprendre leur emprise sur ces biens qui réintègrent le patrimoine de leur débiteur. Mais, que se passe-t-il en cas d'insuffisance des sommes versées sur le compte bloqué pour désintéresser le créancier bénéficiaire ? Doit-on permettre à ce dernier de poursuivre ses

⁴⁶⁸ En effet, l'art. 88, AUS dispose que « à peine de nullité, la convention détermine la ou les créances garanties, ainsi que le montant des fonds cédés à titre de garantie, et identifie le compte bloqué ».

⁴⁶⁹ V. à cet effet, L. Aynès, P. Crocq, *Les sûretés, La publicité foncière*, Defrénois, op. cit., n° 400.

⁴⁷⁰ L'art. 89, AUS dispose à cet effet, que « le transfert fiduciaire devient opposable aux tiers à la date de sa notification à l'établissement teneur du compte, pourvu que les fonds soient inscrits sur le compte bloqué ».

⁴⁷¹ Art. 91, al. 2, AUS.

⁴⁷² En effet, l'art. 91, al. 3 précise que « toute clause contraire au présent article est réputée non écrite ».

droits sur le patrimoine de l'entrepreneur individuel ou doit-il simplement considérer l'insuffisance comme une inexécution de l'obligation et faire application de l'article 91, alinéa 2 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés ?

210. Le droit OHADA n'apporte aucune réponse aux problèmes soulevés par l'insuffisance des sommes transférés pour la garantie de l'obligation de l'entrepreneur individuel. Toutefois, contrairement au droit OHADA, le droit français semble apporter des éclaircissements sur ce point en dégageant la portée de l'affectation fiduciaire à l'égard des créanciers des différents acteurs intervenants dans l'opération fiduciaire.

§ 2. LA PORTEE DE L'AFFECTION FIDUCIAIRE

211. L'affectation fiduciaire n'a pas la même portée entre les créanciers des parties au contrat de la fiducie. En effet, les créanciers des parties ne peuvent prétendre exercer leurs droits sur le patrimoine fiduciaire (A) contrairement bénéficiaires de la fiducie (B).

A. La portée de l'affectation fiduciaire à l'égard des créanciers des parties

212. L'affectation fiduciaire entraîne des conséquences non seulement à l'égard des créanciers du constituant qui voient certains biens de leur débiteur les échapper (2) mais aussi à l'égard des créanciers du fiduciaire (1).

1. La portée de l'affectation fiduciaire à l'égard des créanciers du fiduciaire

213. En droit français, comme en droit de l'Ohada, le but de l'affectation fiduciaire est de mettre au profit d'un bénéficiaire une somme d'argent⁴⁷³ ou des biens, droits ou sûretés, présents ou futurs, pris isolément ou dans un ensemble. A cet effet, ces biens, droits ou sûretés sont transférés dans un patrimoine distinct du patrimoine de l'entrepreneur individuel et également de celui du fiduciaire. Dès lors, les biens transférés ne peuvent plus être saisis ni par les créanciers de l'entrepreneur individuel, ni par les créanciers du fiduciaire.

A l'égard des créanciers du fiduciaire, l'insaisissabilité résulte du fait que les biens transférés par le constituant n'intègrent pas son propre patrimoine. Le patrimoine fiduciaire est séparé du propre patrimoine du fiduciaire. Bien que le fiduciaire, par ce transfert se retrouve à la tête de deux patrimoines distincts, ses créanciers personnels ne peuvent exercer leurs droits de poursuite que sur les biens qui figurent dans son propre patrimoine. Ainsi, par l'affectation fiduciaire, les créanciers personnels ou professionnels du fiduciaire ne peuvent saisir les biens contenus dans le patrimoine

⁴⁷³ Selon la conception de l'affectation fiduciaire en droit de l'Ohada, V. art. 88, AUS.

fiduciaire⁴⁷⁴. Cette solution est plus fondée pour les créanciers du fiduciaire que pour les créanciers du constituant dans la mesure où les biens contenus dans le patrimoine fiduciaire ne sont pas issus du patrimoine du fiduciaire. Le droit de gage général des créanciers du fiduciaire n'est pas affecté par le transfert fiduciaire. Dès lors, il serait illogique qu'ils puissent prétendre à un quelconque droit sur le patrimoine fiduciaire. Ce qui fait dire à certains auteurs que « le fiduciaire n'est riche des actifs fiduciaires : jamais il ne peut les aliéner à son profit ni ne fait siens leurs fruits ; sa propriété pas son capital ni ne lui procure de revenus »⁴⁷⁵. Dès lors, les créanciers du fiduciaire ne peuvent avoir plus de droits que leur débiteur sur le patrimoine fiduciaire.

214. Même en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard de l'entrepreneur individuel, le patrimoine fiduciaire reste insaisissable. A cet effet, l'article 2024 du Code civil dispose que « l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire au profit du fiduciaire n'affecte pas le patrimoine fiduciaire ». Cependant, l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire à l'égard du fiduciaire met fin à la fiducie et les biens et droits contenus dans le patrimoine fiduciaire sont transmis au bénéficiaire ou à l'entrepreneur individuel le cas échéant⁴⁷⁶. On se demande, ainsi, si les créanciers de l'entrepreneur individuel ne pourront pas saisir les biens réintégrant le patrimoine de leur débiteur à la suite de la liquidation judiciaire du fiduciaire. Puisqu'ils réintègrent le patrimoine de l'entrepreneur individuel, qui est le gage de ses créanciers, ces biens peuvent être, en principe, saisissables.

2. La portée de l'affectation fiduciaire à l'égard des créanciers de l'entrepreneur individuel

215. Au cours d'exécution du contrat de fiducie, les créanciers de l'entrepreneur individuel, qu'ils soient des créanciers personnels ou des créanciers professionnels, ne peuvent saisir les biens ou droits transférés dans le patrimoine fiduciaire. Les biens transférés dans le cadre d'une opération fiduciaire étant sortis du patrimoine de leur débiteur, les créanciers de l'entrepreneur individuel ne peuvent plus exercer aucune saisie sur ces dits biens. Comme nous l'avons déjà souligné, le transfert fiduciaire de certains biens opère un transfert de la propriété des biens cédés du constituant au fiduciaire. Dès lors, les biens fiduciaires ne font plus partie du gage général des créanciers de l'entrepreneur individuel. En ce sens, la fiducie constitue une véritable entorse au droit de gage

⁴⁷⁴ V. M. Leroy, *Le passif fiduciaire*, Dr. et patr., 2008, n° 171, p. 58.

⁴⁷⁵ M. Grimaldi, *Théorie du patrimoine et fiducie*, RLDC, déc. 2010, n° 77, p. 74.

⁴⁷⁶ V. art. 2029, C. civ.

général des créanciers sur le patrimoine de leur débiteur⁴⁷⁷. En effet, la loi permet à l'entrepreneur individuel, à travers la fiducie, de transférer une partie de ses biens dans un patrimoine fiduciaire qui échappe totalement à la poursuite de ses créanciers personnels sans qu'il soit possible pour ces derniers de s'y opposer. Seuls les créanciers disposant d'une sûreté réelle sur un bien transféré pourra exercer son droit de suite⁴⁷⁸. Quelle que soit sa nature, fiducie-gestion ou fiducie-sûreté, cette faculté de limitation volontaire du droit de gage des créanciers personnels de l'entrepreneur individuel offre à ce dernier la possibilité de soustraire certains biens de son patrimoine au gage de ses créanciers sans recourir à une cession de ces biens⁴⁷⁹. Cependant, contrairement à la cession, les biens transférés dans le patrimoine fiduciaire peuvent l'être au profit de l'entrepreneur individuel lui-même. En effet, l'article 2016 du Code civil dispose à cet effet que « le constituant ou le fiduciaire peut être le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires du contrat de fiducie ». Ainsi, lorsque l'entrepreneur individuel peut porter en même temps la casquette de constituant et de bénéficiaire. A ce titre, il pourra bénéficier des fruits issus du patrimoine fiduciaire, tout en le tenant à l'abri de ses créanciers personnels.

216. Même lorsqu'il est soumis à une procédure collective, le patrimoine fiduciaire échappe à celle-ci⁴⁸⁰. Cette mesure se justifie par la finalité de l'affectation fiduciaire qui est de créer un patrimoine d'affectation. Il est dès lors normal que le patrimoine fiduciaire échappe à la poursuite des créanciers, aussi bien du fiduciaire que de l'entrepreneur individuel, même en cas de procédure collective de l'une ou de l'autre des parties au contrat de fiducie⁴⁸¹. En revanche, seuls les créanciers, dont les créances sont nées de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire, peuvent saisir les biens contenus dans ce patrimoine⁴⁸².

⁴⁷⁷ En effet, la fiducie constitue une exception aux principes de l'unité du patrimoine et de l'indivisibilité du droit de gage général des créanciers sur le patrimoine de l'entrepreneur individuel.

⁴⁷⁸ *Supra*.

⁴⁷⁹ Cette soustraction peut aussi bien se faire par une cession d'actifs qui est plus directe et conforme à l'esprit des articles 2284 et 2285 du Code civil, si l'objectif poursuivi était de réduire le gage des créanciers, v. à cet effet, Mme Thomat-Raynaud qui envisage cette soustraction par « l'utilisation de techniques créatrices de biens non concernés par les voies d'exécution », A.-L. Thomat-Raynaud, *L'unicité du patrimoine : Essai critique*, op. cit., p. 238 et s.

⁴⁸⁰ *Supra*.

⁴⁸¹ Toutefois, le patrimoine fiduciaire n'échappe pas totalement aux créanciers personnels de l'entrepreneur individuel lorsque ce dernier est soumis à une procédure collective.

⁴⁸² *Supra*.

B. La portée de l'affectation fiduciaire à l'égard des créanciers bénéficiaires

217. C'est à l'égard du ou des créanciers fiduciaires que l'affectation des biens profite. En fait, tant que ces derniers n'ont pas manifesté leur acceptation de la fiducie, l'entrepreneur individuel peut la révoquer. Cette règle se justifie parfaitement dans la fiducie-gestion où l'entrepreneur individuel dispose de la possibilité de révoquer le contrat de fiducie jusqu'à l'acceptation du bénéficiaire. Mais, lorsqu'elle a pour finalité la garantie de la dette d'un créancier de l'entrepreneur constituant, sa révocation ne peut intervenir sans le consentement de ce dernier. La règle se justifie dans la mesure où elle limite la liberté de révocation unilatérale du contrat de fiducie-sûreté par l'entrepreneur individuel. La dette du créancier bénéficiaire étant garantie par le patrimoine fiduciaire, toute modification unilatérale porterait atteinte à l'étendue de ses droits et une atteinte aux engagements initiaux conclus avec lui au moment de la conclusion du contrat. C'est pour cette raison que l'article 2028 du Code civil prévoit qu'« après l'acceptation par le bénéficiaire, le contrat ne peut être modifié ou révoqué qu'avec son accord ou par décision de justice ».

218. Cependant, n'entre pas dans le champ d'application de cette disposition, l'affectation de ces mêmes biens, objet de la fiducie, à la garantie d'autres dettes que celles pour lesquelles ils avaient été transférés. En fait, à l'image de l'hypothèque rechargeable⁴⁸³, l'article 2372-5 alinéa 1^{er} du Code civil dispose que « la propriété cédée en application de l'article 2372-1 peut être ultérieurement affectée à la garantie de dettes autres que celles mentionnées par l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévienne expressément ». Il existe tout de même des différences entre l'hypothèque rechargeable et la fiducie rechargeable. Le rechargement de l'hypothèque est cantonné à la somme prévue dans l'acte constitutif de l'hypothèque alors qu'une telle limitation n'existe pas en matière de fiducie-rechargeable. La première, limite le rechargement à la somme prévue dans le contrat, tandis que la seconde cantonne le rechargement à la valeur estimée du patrimoine fiduciaire au jour de la recharge. Cette limitation est issue de la loi du 12 mai 2009⁴⁸⁴ qui prévoit l'application de la limite tenant à la valeur aux seules personnes physiques dans le souci de les protéger du risque d'endettement⁴⁸⁵. À cet effet, l'article 2372-5 alinéa 2 dispose que « lorsque le constituant est une personne physique, le patrimoine fiduciaire ne peut alors être affecté en garantie d'une nouvelle dette que dans la limite de sa valeur estimée au jour de la recharge ». Ainsi, un même contrat de fiducie peut prévoir la garantie

⁴⁸³ Aux termes de l'art. 2422 al. 1, C. civ., « l'hypothèque peut être ultérieurement affectée à la garantie de créances autres que celles mentionnées par l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévienne expressément ».

⁴⁸⁴ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures.

⁴⁸⁵ V. à ce propos, P. Crocq, La nouvelle fiducie-sûreté : une porte ouverte sur une prochaine crise des subprimes en France ?, D. 2009, p. 716.

de plusieurs crédits successifs. Ce qui, selon l'avis de certains auteurs, remet en cause la spécialité et le caractère accessoire de la sûreté⁴⁸⁶.

Cependant, pour être valable, la convention de recharge est soumise aux mêmes conditions de validité que le contrat de fiducie et elle peut être conclue avec un autre créancier alors même que le créancier originaire n'est pas désintéressé. Aux termes de l'article 2372-5 alinéa 2, l'entrepreneur individuel peut offrir les biens transférés dans le patrimoine fiduciaire « en garantie, non seulement au créancier originaire, mais aussi à un nouveau créancier, encore que le premier n'ait pas été payé ». Et pour éviter que le ou les créanciers bénéficiaire de la fiducie puissent contourner la portée du mécanisme de la fiducie-rechargeable, l'article 2372-5 alinéa 4 dispose que « les dispositions du présent article sont d'ordre public et toute clause contraire est réputée non écrite »⁴⁸⁷.

⁴⁸⁶ V. à ce propos, M. Grimaldi, *L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire*, D. 2006, p. 1294.

⁴⁸⁷ V. également l'art. 2488-5 al. 4, C. civ. à propos de l'hypothèque rechargeable.

SECTION II.

L'AFFECTION PATRIMONIALE DE CERTAINS BIENS AU GAGE DES CREANCIERS

219. L'affectation patrimoniale vient apporter une véritable exception au principe de l'unité du patrimoine en ce sens qu'elle permet désormais à tout entrepreneur individuel d'opter pour le statut de l'EIRL qui instaure en droit français le patrimoine d'affectation (Paragraphe 1). Ainsi, désormais, tout entrepreneur individuel qui opte pour ce statut disposera de deux ou plusieurs patrimoines affectés en fonction des activités professionnelles exercées. Toutefois, en tant qu'exception au principe « sacro-saint » de l'unité du patrimoine et dans le souci de préserver les droits des créanciers, la loi encadre l'adoption de ce statut en déterminant la composition du patrimoine d'affectation (Paragraphe 2).

§ 1. LA CONSECRATION DU PATRIMOINE D'AFFECTATION

220. Pendant longtemps, le législateur a réfuté l'idée d'une création d'un patrimoine d'affectation en droit français. Cependant, malgré l'adoption de mesures destinées à protéger l'entrepreneur individuel, la consécration du patrimoine affecté était devenue une nécessité en droit français (A) qui doit être suivie par le droit de l'OHADA (B).

A. Fondements de la consécration du patrimoine d'affectation en droit français

221. La consécration du patrimoine d'affectation en droit français répond à un souci de réduire les risques auxquels étaient exposés les entrepreneurs individuels (1) liés en partie à l'inefficacité des mécanismes de protection existants (2).

1. Le cantonnement du risque entrepreneurial

222. Le législateur français a toujours cherché à concilier l'intérêt de l'entrepreneur individuel soucieux de protéger son patrimoine des conséquences financières d'un éventuel échec et celui de ses créanciers désireux de se garantir contre le risque de non-recouvrement de leurs créances. La recherche de cette conciliation occupe les juristes depuis plusieurs décennies⁴⁸⁸.

La question « est d'actualité, et s'inscrit dans le cadre des recherches menées pour tenter de protéger le patrimoine de l'entrepreneur individuel contre les risques liés à son activité ». Depuis 1973, la dégradation de la situation économique entraîne de nombreuses faillites, qui peuvent

⁴⁸⁸ V. P. Denos, EIRL, Eyrolles, 2011, p. 5.

conduire à la saisie de tous les biens de l'entrepreneur individuel. Le petit commerce, l'artisanat ou l'industrie aspirent alors à une « sécurité minimum (...) »⁴⁸⁹. La quête de cette sécurité avait conduit le législateur et les praticiens du droit à envisager des mécanismes qui permettraient d'atteindre cet objectif afin de favoriser le développement de l'entrepreneuriat individuel⁴⁹⁰.

2. L'efficacité relative des mécanismes existants

223. Compte tenu de la situation économique difficile résultant de la crise, le législateur français a cherché à mettre en œuvre des mécanismes visant à favoriser le développement de l'activité économique et le renforcement de l'entrepreneuriat individuel. Ainsi, « divers mécanismes tendant à limiter le risque entrepreneurial ont été proposés sans qu'aucun ne parvienne à atteindre l'objectif fixé »⁴⁹¹.

224. Plusieurs rapports ont été proposés afin de limiter le risque entrepreneurial en mettant en place des mécanismes de protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel⁴⁹². Ainsi, l'entreprise personnelle à responsabilité limitée a été proposée par le « rapport *Champaud* »⁴⁹³, déposé en février 1978 qui consacrait une véritable exception au principe de l'unité du patrimoine en l'existence d'une pluralité de patrimoines au profit de l'entrepreneur individuel. En effet, le mécanisme de l'entrepreneur personnel à responsabilité limitée reposait sur la distinction au sein du patrimoine de l'entrepreneur individuel de trois masses distinctes. Ainsi, « la première masse

⁴⁸⁹ M. Wacogne, *Communauté conjugale, l'article 1415 du Code civil et la protection du patrimoine de l'entrepreneur individuel*, JCP N, 12 Juin 1998, p. 930 et s.

⁴⁹⁰ En effet, « il existe, spécifiquement en France, une perception anormalement élevée du risque entrepreneurial. Un des symptômes les plus révélateurs est qu'un créateur s'inquiète toujours en premier lieu de sa protection sociale, du cantonnement notarial de ses biens propres, de "comment toucher le chômage tout en créant son entreprise", du choix d'une structure juridique la plus protectrice possible (...) avant toute réflexion sur la prospection, les clients, le chiffre d'affaires... », C. Barreau, *Les dispositifs tendant à limiter le risque entrepreneurial*, Defrénois, 30 mars 2011, n° 6, p. 529 et s.

⁴⁹¹ V. à cet effet, C. Barreau, *Les dispositifs tendant à limiter le risque entrepreneurial*, op. cit., p. 529 et s.

⁴⁹² V. « rapport établi par le professeur C. Champaud à la demande du garde des Sceaux (février 1978) – étude professeur Sayag, publiée en 1981 dans le cadre du Centre de recherche sur le droit des affaires (Creda) de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris (CCIP) – rapport établi en février 1984 par Me J.-D. Bredin à la demande du ministre du Commerce et de l'Artisanat – rapport CCIP oct. 1984, qui se prononçait à son tour en faveur du patrimoine d'affectation, mais qui fut démenti neuf ans plus tard (rapport 1993 présenté par C. Vignon), le régime de l'EURL créée par la loi du 11 juillet 1985 étant alors préféré – travaux menés dans le cadre du Congrès des notaires au printemps 1987 sur le thème du patrimoine professionnel de l'entrepreneur – rapport Conseil économique et social de 1993 sur l'entreprise individuelle, présenté par J. Barthélémy – rapport Agence pour la création d'entreprises (APCE) de 1996, établi par MM. Peyramaure et Barthélémy – rapport établi en 1996 par le sénateur P. Marini, sur la modernisation du droit des sociétés, qui envisageait à son tour la reconnaissance d'un patrimoine fiscal... », cités par C. Barreau, op. cit., n° 6, p. 529.

⁴⁹³ Le « rapport Champaud » préconisait l'organisation d'un système de mutualisation des risques financé par les EPRL et qui aurait pour « mission de dédommager les créanciers jusqu'à hauteur de la valeur des biens insaisissables », C. Barreau, *Les dispositifs tendant à limiter le risque entrepreneurial*, op. cit., n° 6, p. 529 et s.

correspondait à la portion de patrimoine de l'entreprise, à savoir le « patrimoine affecté ». Elle aurait été composée de l'ensemble des valeurs actives et passives dont l'entreprise aurait disposé, utilisé habituellement pour l'exercice de son activité. La deuxième des masses aurait été la portion de patrimoine non affectée par principe à l'entreprise mais pouvant l'être, soit à l'initiative de l'entrepreneur (cautionnement), soit par les recours des créanciers : c'était le « patrimoine disponible ». La troisième et dernière masse aurait été la portion de patrimoine non affectée par principe à l'entreprise et qui ne pouvait être ni donnée en gage, ni saisie par les créanciers, sauf faute grave et particulière de l'entrepreneur : il s'agissait du patrimoine indisponible et insaisissable »⁴⁹⁴.

Cependant, le mécanisme de l'entreprise personnelle à responsabilité limitée tel qu'il avait été présenté dans le rapport « Champaud » présentait beaucoup d'inconvénients, notamment au niveau des règles de sa constitution. Les règles de création de l'entreprise personnelle à responsabilité limitée (EPRL) n'apportaient pas d'assouplissements par rapport aux formalités de constitution d'une société⁴⁹⁵. De plus, la subdivision du patrimoine de l'entrepreneur personnel à responsabilité limitée en plusieurs masses créait une imprévisibilité sur l'étendue du droit de gage général des créanciers de ce dernier, surtout qu'elle exige en cas de défaillance un « double recours contre la personne de l'entrepreneur et contre la caisse de garantie ». Face à ces nombreux inconvénients, l'EPRL fut abandonnée⁴⁹⁶.

225. Parallèlement, pour limiter le droit de gage général des créanciers, le législateur a mis en place un dispositif visant à limiter le risque entrepreneurial. Par le recours à la fiction juridique, le législateur français consacra l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée. Ainsi, « la société créée par l'entrepreneur répond seule des dettes nées de l'exercice de l'activité sociale, l'entrepreneur n'est plus exposé sur son patrimoine personnel »⁴⁹⁷. La loi du 11 juillet 1985 a consacré deux formes de sociétés unipersonnelles qui visent à protéger le patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel à travers le cloisonnement patrimonial qu'elles instituent : l'EURL (société à responsabilité

⁴⁹⁴ C. Barreau, *Les dispositifs tendant à limiter le risque entrepreneurial*, op. cit., n° 6, p. 529

⁴⁹⁵ Les formalités de constitution de l'EPRL sont même plus lourdes que celles d'une société dans la mesure où le rapport mettait à la charge des entrepreneurs individuels des charges supplémentaires. En effet, ces derniers doivent « réaliser un inventaire comptable des biens affectés à l'activité et adhérer et cotiser à une caisse de garantie. De plus, le rapport prévoyait un montant minimum du patrimoine affecté à l'image du capital social des sociétés. Ensuite, outre les obligations comptables inhérentes à la nature de l'activité de l'EPRL, celle-ci aurait été tenue à des obligations minimum comme le sont les sociétés », v. C. Barreau, op. cit., n° 6, p. 529

⁴⁹⁶ Mais le « rapport Champaud » a nécessairement inspiré les rapports qui lui ont succédé et qui ont conduit, des années plus tard, à l'élaboration par le Gouvernement d'un projet de loi relatif à l'EURL.

⁴⁹⁷ En effet, « puisque toute personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine, le législateur a proposé la création d'une autre personne par l'entrepreneur pour bénéficier d'un cloisonnement patrimonial efficace. Depuis longtemps, le droit des sociétés était dévoyé par des créateurs d'entreprises désireux de limiter leur responsabilité. Il suffisait d'être au moins deux pour parvenir à ce résultat : l'entrepreneur plus une personne de complaisance et le tour était joué ». C. Barreau, op. cit., n° 6, p. 529

limitée unipersonnelle, dite entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée) et l'EARL (exploitation agricole à responsabilité limitée) pour les agriculteurs. L'entreprise unipersonnelle fut étendue, plus tard, à la société par action simplifiée⁴⁹⁸ Mais les formalités constitutives et les règles de gestion restaient lourdes et seules 6 % des entreprises en 2009⁴⁹⁹ étaient créées sous la forme d'une EURL. Pourtant cette piste a été longuement privilégiée par le législateur qui a refondu le droit des sociétés en 1999, 2003, 2008 et en 2009 pour rendre plus facile la création des sociétés unipersonnelles⁵⁰⁰.

Mais, l'efficacité de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée comme technique de cloisonnement entre le patrimoine de la personne morale et le patrimoine de la personne physique gérante, est relative. Les créanciers du gérant de l'entreprise peuvent contourner la protection issue du cloisonnement patrimonial en demandant le cautionnement de ce dernier sur son propre patrimoine ou la garantie d'un tiers qui le plus souvent est le conjoint du gérant malgré la consécration ultérieure des dispositions protectrices de l'article 47 de la loi n° 94-126 du 11 février 1994, « pourtant destiné à protéger l'actif domestique de l'entrepreneur individuel face au passif professionnel de celui-ci »⁵⁰¹ et qui furent supprimées par la suite⁵⁰².

226. Tout comme les dispositions des articles L. 161-1 du code des procédures civiles d'exécution et L. 313-21 du Code monétaire et financier visaient à protéger le patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel. Le premier de ces textes dispose en effet que « lorsque le titulaire d'une créance contractuelle ayant sa cause dans l'activité professionnelle d'un entrepreneur individuel entend poursuivre l'exécution forcée d'un titre exécutoire sur les biens de cet entrepreneur, celui-ci peut, nonobstant les dispositions du 5° de l'article L. 112-2 et s'il établit que les biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise sont d'une valeur suffisante pour garantir le paiement de la créance, demander au créancier que l'exécution soit en priorité poursuivie sur ces derniers. La responsabilité du créancier qui s'oppose à la demande du débiteur ne peut pas être recherchée, sauf intention de nuire ». Toutefois, l'efficacité de cette mesure est limitée puisque le créancier peut refuser de suivre l'entrepreneur individuel dans sa demande s'il « établit que cette proposition met en péril le

⁴⁹⁸ En 1994, la SAS ne pouvait en effet être créée que par deux sociétés anonymes et était donc réservée à des projets entrepreneuriaux de groupe par la Loi n° 94-1, 3 janv. 1994, instituant la société par actions simplifiée. Ce n'est qu'en 1999 que le droit de constituer ou d'instituer une SAS a été reconnu à toute personne physique ou morale par la Loi n° 99-587, 12 juill. 1999, sur l'innovation et la recherche.

⁴⁹⁹ Compte-rendu des débats du Sénat en date du 8 avril 2010 sur le projet de l'EURL.

⁵⁰⁰ C. Barreau, op. cit., n° 6, p. 529

⁵⁰¹ M. Wacogne, Communauté conjugale, l'article 1415 du Code civil et la protection du patrimoine individuel, op. cit., p. 930 et s.

⁵⁰² Modifié par la Loi n°98-657 du 29 juillet 1998 - art. 104 JORF 31 juillet 1998 et abrogé par l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 art. 4.

recouvrement de sa créance »⁵⁰³ sans que sa responsabilité ne soit mise en cause, « sauf lorsque son refus est justifié par une intention de nuire⁵⁰⁴.

227. En second lieu, l'article L. 313-21 du code monétaire et financier dispose qu' « à l'occasion de tout concours financier qu'il envisage de consentir à un entrepreneur individuel pour les besoins de son activité professionnelle, l'établissement de crédit ou la société de financement qui a l'intention de demander une sûreté réelle sur un bien non nécessaire à l'exploitation ou une sûreté personnelle consentie par une personne physique doit informer par écrit l'entrepreneur de la possibilité qui lui est offerte de proposer une garantie sur les biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise ou de solliciter une garantie auprès d'un autre établissement de crédit, d'une société de financement ou d'une entreprise d'assurance habilitée à pratiquer les opérations de caution. L'établissement de crédit ou la société de financement indique, compte tenu du montant du concours financier sollicité, le montant de la garantie qu'il souhaite obtenir »⁵⁰⁵. Cette disposition précise les conditions de prise de garanties sur les biens de l'entrepreneur individuel⁵⁰⁶.

Ces dispositions ne visent pas concrètement à soustraire les biens personnels de l'entrepreneur individuel au droit de gage général des créanciers mais la constitution de sûretés sur les biens nécessaires à l'exploitation de l'activité professionnelle de l'entrepreneur qui « reste tenu sur l'ensemble de son patrimoine »⁵⁰⁷. Cependant, en cas de refus de constitution des sûretés, l'établissement de crédit peut refuser de consentir le concours financier sans que sa responsabilité ne soit engagée⁵⁰⁸. Mais en cas de non-respect des formalités prévues, il ne peut se

503 En effet, « si le créancier établit que cette proposition met en péril le recouvrement de sa créance, il peut s'opposer à la demande », art. L. 11-1, al. 2, C. com.

504 Aux termes de l'art. L. 161-1, al. 3, C. com., « La responsabilité du créancier qui s'oppose à la demande du débiteur ne peut pas être recherchée, sauf intention de nuire ».

505 Art. L. 313-21, al.1, C. mon. fin.

506 A cet effet, l'al. 2, art. L. 313-21, C.com., précise qu' « à défaut de réponse de l'entrepreneur individuel dans un délai de quinze jours ou en cas de refus par l'établissement de crédit ou la société de financement de la garantie proposée par l'entrepreneur individuel, l'établissement de crédit ou la société de financement fait connaître à ce dernier le montant chiffré des garanties qu'il souhaite prendre sur les biens non nécessaires à l'exploitation de l'entreprise ou auprès de tout autre garant. En cas de désaccord de l'entrepreneur, l'établissement de crédit ou la société de financement peut renoncer à consentir le concours financier sans que sa responsabilité puisse être mise en cause ».

507 C. Barreau, op. cit., n° 6, p. 529.

508 Art. L. 313-21, al. 2, C. mon. fin.

prévaloir des garanties prises⁵⁰⁹. Toutefois, « le cautionnement accepté par le tiers restera invocable »⁵¹⁰.

228. D'un autre côté, les notaires confrontés également aux difficultés des entrepreneurs individuels, ont, réunis en congrès⁵¹¹, proposé la théorie de la pro-personnalité⁵¹². Elle repose sur un principe simple mais son efficacité ne semble pas garantie et elle est intervenue tardivement au moment où le projet de l'EIRL avait déjà séduit les pouvoirs publics⁵¹³.

229. Cependant, les deux dispositifs de protection ou du moins de limitation du risque entrepreneurial les plus aboutis sont la déclaration d'insaisissabilité et la société unipersonnelle. Avant l'adoption du statut de l'EIRL, ces deux mécanismes assuraient l'efficacité de la protection de l'entrepreneur. Mais, comme nous l'avons vu, ils n'avaient pas la préférence des entrepreneurs. Ce qui a conduit à l'adoption du statut de l'EIRL.

B. Nécessité de la consécration du patrimoine d'affectation en droit de l'OHADA

230. En droit français, toutes les approches législatives pour limiter le risque entrepreneurial partent de l'entreprise individuelle qui « est censé sauver l'économie française »⁵¹⁴. Comme le soulignait M. Novelli au cours des travaux préparatoires, « l'EIRL est bonne pour la croissance et pour l'emploi puisque l'entrepreneuriat individuel est l'une des réponses à la crise : il s'agit de promouvoir la liberté d'entreprendre par tous les moyens en limitant la prise de risque sans, bien sûr,

⁵⁰⁹ Ainsi, aux termes de l'art. L. 313-21, al. 3, C. mon. fin., « l'établissement de crédit ou la société de financement qui n'a pas respecté les formalités prévues aux premier et deuxième alinéas ne peut dans ses relations avec l'entrepreneur individuel se prévaloir des garanties qu'il aurait prises. En cas de garantie constituée par une sûreté immobilière ou mobilière donnant lieu à publicité, l'établissement de crédit ou la société de financement ne peut plus s'en prévaloir à compter de la radiation de l'inscription de la sûreté ».

⁵¹⁰ Cass. com., 3 juin 2009 n° 08-13613 : Bull. civ. 2009, IV, n° 72.

⁵¹¹ 105^e Congrès des notaires de France, Propriétés incorporelles de l'entreprise, Lille 17-20 mai 2009, Litec, 2009.

⁵¹² Selon la professeure C. Barreau, « la pro-personnalité consiste à fonder un patrimoine professionnel, séparé du patrimoine privé, en instituant une personnalité juridique professionnelle des personnes physiques dédiée à l'exploitation des actifs et passifs professionnels. Elle a pour caractéristique d'engendrer une responsabilité limitée reposant sur une séparation étanche des patrimoines privé et professionnel sans affectation.

⁵¹³ Ibid.

⁵¹⁴ Ce qui conduit certains auteurs à s'interroger sur l'absence de dispositions spécifiques aux entrepreneurs individuel qui représentent pourtant une grande partie des acteurs économiques dans l'espace OHADA. À cet effet, le Professeur Laurence Boy estime qu'il « semble regrettable cependant que dans cette conception, ne soit pas analysée la situation d'agents économiques toujours plus nombreux, spécialement dans des pays en développement, mais qui sont économiquement dépendants. Peut-être que leur situation peut être envisagée non sous l'angle du statut mais sous celui des contrats qu'ils concluent et donc sous l'angle du droit des contrats ? L. Boy, Les limites du formalisme du droit de l'OHADA à la sécurisation des entreprises, op. cit., p. 133.

la faire disparaître. Nous avons respecté à la fois la liberté de choix de l'entrepreneur et l'incitation à entreprendre »⁵¹⁵.

231. Pourtant, cette vision « progressiste »⁵¹⁶ de l'entreprise ne se retrouve pas en droit de l'OHADA, notamment dans les textes relatifs au commerçant, au droit des sociétés ni surtout au droit des intermédiaires⁵¹⁷.

Or, l'OHADA, en tant qu'organisation d'intégration juridique dont la finalité est de promouvoir un cadre propice à la sécurité des affaires, devait à prime abord mettre en place un dispositif permettant de limiter le risque entrepreneurial afin de favoriser le développement des activités des entrepreneurs individuels. L'ouverture de l'OHADA résultant des différentes réformes intervenues après sa première décennie⁵¹⁸ aurait pu conduire à la consécration de mécanismes beaucoup plus protecteurs des intérêts des acteurs économiques, notamment les entrepreneurs individuels, dont la fragilité liée aux risques professionnels remet en cause leur initiative professionnelle. Les réformes entreprises auraient pu, au lieu de consacrer un statut aux contours indéfinis⁵¹⁹, conduire à l'introduction en droit de l'OHADA de mécanismes de protection spécifiques à l'entrepreneur individuel, notamment le statut de l'EIRL qui « répond à l'une des principales préoccupations des entrepreneurs en nom propre, à savoir protéger leur patrimoine en cas de faillite »⁵²⁰.

Comme pour l'entrepreneur⁵²¹, l'EIRL s'adresse à tous les entrepreneurs individuels, qu'ils soient commerçants, artisans ou libéraux. Mais, ce dernier se distingue de l'entrepreneur en ce sens qu'il

⁵¹⁵ Intervention sous le Rapport AN, n° 2298.

⁵¹⁶ L'idée de la protection des entrepreneurs individuel, comme nous l'avons vu n'est pas nouvelle. En effet, « elle prend de l'ampleur avec la volonté politique qui existe depuis plusieurs années de développer les entreprises individuelles qui prennent une place de plus en plus importante dans notre économie, comme le démontre le succès du statut de l'auto-entrepreneur », S. Piedelièvre, L'entreprise individuelle à responsabilité limitée, Defrénois, 15 juillet 2010 n° 13, p. 1417 et s.; v. aussi sur la consécration du statut de l'auto-entrepreneur, B. Brignon, La perméabilité des règles professionnelles, LPA 2010 n° 23, p. 5 ; D. Gallois-Cochet, Micro-entreprise, micro-entrepreneur et auto-entrepreneur, JCP E 2009, 1407 ; A. Reygrobellet, L'auto-entrepreneur : vers un statut de l'activité indépendante, RLDA mars 2009, n° 2217.

⁵¹⁷ En effet, selon L. Boy, « l'entreprise, même dans sa conception purement patrimoniale et non personaliste, n'est jamais, hors procédure collective, potentiellement visée. Le droit s'intéresse au commerçant individuel et au fonds de commerce (mais sans établir de lien entre les deux) ainsi qu'aux sociétés et GIE mais, dans ce cadre, ne consacre pas la société unipersonnelle qui pourrait incontestablement être une forme de patrimoine d'affectation, créant ainsi un pont entre la Common Law et le Droit civil », L. Boy, Les limites du formalisme du droit de l'OHADA à la sécurisation des entreprises, op. cit., p. 132.

⁵¹⁸ V. à cet effet, A. Cissé, L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : l'expérience de l'OHADA à l'épreuve de sa première décennie », RIDE, 2004, p. 198.

⁵¹⁹ V. à ce propos, I. Sayegh, L'entrepreneur, un nouvel acteur économique en droit OHADA : ambiguïtés et ambivalence, Rev. Penant n° 878, Janvier-mars 2012, p. 5 et s.

⁵²⁰ L. Boy, Les limites du formalisme du droit de l'OHADA à la sécurisation des entreprises, op. cit., p. 132.

⁵²¹ Que l'on peut assimiler au statut de l'auto-entrepreneur en droit français et qui a été mis en place par la loi du 4 août 2008. Le statut de l'auto-entrepreneur tout comme celui de l'entrepreneur « permet aux personnes physiques d'exercer

.../...

visé la protection des biens personnels de l'entrepreneur individuel en cas de faillite. L'entrepreneur individuel répond de ses dettes professionnelles sur la totalité de son patrimoine. Désormais, avec l'EIRL, seul le patrimoine professionnel est aujourd'hui concerné par l'exercice de l'activité professionnelle. Ainsi, « il serait tout particulièrement pour des pays où l'économie dite informelle occupe une grande place de consacrer l'EIRL car une grande partie de l'activité économique africaine est le fait de TPE, de toutes petites structures dans lesquelles le patrimoine non seulement de l'individu mais du couple et de toute sa famille (polygamie), voire de la famille élargie est engagé »⁵²².

Selon certains auteurs la consécration de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée en droit OHADA, « permettrait d'assurer à la fois une relative séparation des patrimoines et la solidarité familiale qui reste très forte dans les petites structures en Afrique »⁵²³.

232. Le transfert fiduciaire de sommes d'argent, ni la fiducie telle qu'elle résulte de la loi française du 19 février 2009 ne permettent de résoudre les difficultés soulevées par la fragilité du patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel. La complexité du mécanisme de l'affectation fiduciaire constitue un obstacle à son adoption, notamment dans un contexte qui doit être marqué par la mise en œuvre de règles simples et appropriées à l'environnement des affaires. La fiducie telle qu'on la connaît en droit français ou l'affectation fiduciaire de sommes d'argent prévue par le droit OHADA, aussi innovante soit-elle « ne peut constituer une voie satisfaisante pour résoudre les difficultés liées à l'unicité du patrimoine surtout pour les TPE »⁵²⁴. L'affectation fiduciaire suppose d'abord de transférer la propriété d'une somme d'argent ou d'un ensemble de biens à un tiers, le fiduciaire qui, les tenant séparés de son patrimoine personnel les met à l'abri de la poursuite des créanciers de l'entrepreneur individuel. Ainsi, compte tenu de la complexité de cette opération qui nécessite le concours d'un tiers, « la plupart des petits entrepreneurs africains, peu rodés aux subtilités du droit, ce mécanisme » pourrait ne pas s'intéresser à ce mécanisme, compte tenu de sa complexité et de son coût assez élevé.

une activité sans être immatriculées au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, si elles ne réalisent pas un chiffre excédant des plafonds fixés au regard de la nature de l'activité exercée. En plus de la simplification des formalités, l'accession à ce statut permet à son titulaire de bénéficier de cotisations sociales et d'impositions fiscales forfaitaires et simplifiées », D. Gibirila, L'entreprise individuelle à responsabilité limitée après les textes de décembre 2010, Bull. Joly Sociétés, 01 mars 2011 n° 3, p. 234

⁵²² L. Boy, Les limites du formalisme du droit de l'OHADA à la sécurisation des entreprises, op. cit., p. 132.

⁵²³ Selon le professeur Boy, « la reconnaissance du patrimoine d'affectation est une nécessité pour les PME » en Afrique, *ibid.*

⁵²⁴ *Ibid.*

233. Dès lors, la consécration du statut de l'EIRL en droit OHADA pourrait être la meilleure solution et la plus simple permettant de limiter le risque entrepreneurial puisque ce mécanisme ne nécessite pas le recours à un tiers pour pouvoir isoler une partie de ses biens afin de la soustraire au gage général des créanciers. Ainsi, « l'affectation ne résulte pas, comme en fiducie, d'un transfert assorti d'une mission assignée à l'acquéreur ; elle résulte du regroupement, par leur propriétaire, d'une partie de ses biens, fédérés par un objectif spécifique, sans lequel il ne saurait y avoir d'affectation, et qui consiste dans la fonction de garantie des dettes ayant pour cause l'activité professionnelle »⁵²⁵.

La consistance du patrimoine d'affectation en droit de l'OHADA résulterait de critères d'abord « strictement objectifs - les biens nécessaires à l'exercice de l'activité - et accessoirement subjectifs - ceux qui ne sont pas nécessaires mais qui sont utilisées par l'entrepreneur individuel pour l'exercice de sa fonction et y sont affectés »⁵²⁶.

Le statut de l'EIRL sera renforcé en droit OHADA par l'efficacité des formalités de publicité et d'enregistrement qui seront faites au Registre du commerce et du crédit mobilier pour la validité et l'opposabilité de l'affectation patrimoniale⁵²⁷. Ainsi, certains auteurs estiment que la simplicité de l'EIRL, tel qu'il est conçu en droit français pourrait être adapté en droit de l'OHADA et constituer un mécanisme de protection efficace de l'entrepreneur individuel africain face aux créanciers dont les droits sont plus en plus renforcés⁵²⁸. Cependant, ce mécanisme n'est pas aussi simple qu'on le croit. Sa transposition à l'identique en droit de l'OHADA pourrait conduire à des difficultés d'application, compte tenu de sa complexité aussi bien son fonctionnement que dans sa mise en œuvre.

§ 2. LA COMPOSITION DU PATRIMOINE D'AFFECTION

234. En raison de son caractère exceptionnel, l'affectation patrimoniale est strictement encadrée par la loi. Ainsi, l'entrepreneur individuel qui opte pour le statut de l'EIRL doit respecter les modalités d'affectation prévues par la loi (A) ainsi que les biens qui doivent figurer dans le patrimoine affecté (B).

⁵²⁵ Ibid.

⁵²⁶ Ibid.

⁵²⁷ En effet, « Il convient d'observer que le Registre du commerce et du crédit mobilier est généralisé dans le droit de l'OHADA depuis 2010 », *ibid.*

⁵²⁸ Notamment avec la réforme de l'AUS qui intègre de nouvelles garanties dans le système juridique OHADA et l'agent des sûretés afin de renforcer la sécurité du crédit.

A. Les modalités de l'affectation patrimoniale

235. En plus des formalités d'affectation, la loi prévoit pour la validité et l'opposabilité de l'affectation patrimoniale que certains biens fassent l'objet d'une affectation obligatoire (1). Toutefois, l'entrepreneur individuel dispose de la faculté d'affecter à son activité professionnelle des biens dont l'affectation n'est pas requise (2).

1. L'affectation obligatoire

236. Dans sa composition, le patrimoine de l'EIRL se subdivise en deux grandes masses : le patrimoine personnel et le patrimoine professionnel dit patrimoine d'affectation⁵²⁹. Cette subdivision du patrimoine résultant de la volonté de l'EIRL⁵³⁰ emporte des conséquences sur la nature des relations entre l'EIRL et ses créanciers selon que leurs droits se situent dans l'un ou l'autre des patrimoines. Ainsi, la consistance du patrimoine d'affectation renseigne sur le droit de gage des créanciers professionnels. Aux termes de l'article L.526-6 du code de commerce, l'EIRL doit affecter obligatoirement au gage des créanciers professionnels tous les biens nécessaires à son activité professionnelle.

L'affectation obligatoire vise « l'ensemble des biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur est titulaire, nécessaires à l'activité professionnelle ». Le critère de la nécessité conditionne l'affectation des éléments qui sont indispensables à l'activité professionnelle, indépendamment de la volonté de l'entrepreneur individuel. En l'absence d'une définition légale, comment peut-on apprécier le caractère nécessaire d'un bien affecté par l'EIRL ? Le législateur renvoie à la définition de l'actif professionnel, en matière de bénéfices non commerciaux, opérée par la doctrine et la jurisprudence fiscale⁵³¹. La détermination des éléments nécessaires est objective, ainsi tout élément dont la privation porterait atteinte au bon fonctionnement de l'activité professionnelle constitue un élément nécessaire et doit être affecté obligatoirement. Est obligatoirement affecté ce qui est nécessaire au fonctionnement de l'activité professionnelle. La définition de la nécessité repose sur un critère objectif qui ne laisse aucune place à une appréciation

⁵²⁹ Sur la constitution du patrimoine d'affectation, v. B. Dondero, EIRL-Duo in carne una, JCP G, 2010, I, 1261 ; B. Dondero, L'EIRL ou l'entrepreneur fractionné, JCP G, 2010, I, 679 ; V. Legrand, EIRL : vers une simplification, *pa*, 13 mai 2013, n° 95, p. 13 ; B. Saintourens, L'EIRL, *Rev. sociétés*, 2010, p. 351. J. Vallansan, La volonté d'affectation des droits et des biens par l'EIRL, *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 3, mai 2011, dossier 4.

⁵³⁰ Vallansan, La volonté d'affectation des droits et des biens par l'EIRL, *CDE* 2011-3, mai-juin, dossier 14, p. 20.

⁵³¹ À cet égard la doctrine fiscale considère que les biens affectés par nature à l'exercice de la profession font nécessairement partie de l'actif professionnel, qu'ils soient ou non-inscrits sur le registre des immobilisations. V. aussi, *Rapp. AN* n° 2298, 209-2010, p.28, 375, 41 ; *Rapp. Sénat* n° 362, 2009-2010, p.40.

subjective. La nécessité renvoie alors à tout élément dont la privation rendrait impossible la bonne continuation de l'activité de l'EIRL⁵³².

Cette obligation d'affectation des biens nécessaires a pour objet d'éviter que l'entrepreneur individuel se limite à n'affecter que des biens symboliques et de conserver dans son patrimoine personnel des biens professionnels dont il userait néanmoins dans son activité professionnelle, portant ainsi atteinte à l'assiette du droit de gage des créanciers professionnels.

Toutefois, la délimitation des éléments nécessaires devant faire obligatoirement partie du patrimoine affecté n'est pas très claire. C'est l'entrepreneur lui-même qui détermine les biens qu'il juge nécessaires à l'activité professionnelle pour laquelle il les a affectés. Ce qui ne manquera pas de soulever des difficultés sur la nécessité ou non de l'affectation d'un tel bien⁵³³. Outre la difficulté d'identifier ce qui est nécessaire de ce qui est utile, le choix de l'affectation aura certainement des conséquences sur les créanciers car selon le principe des vases communicants, ce qui sera intégré au patrimoine affecté diminuera d'autant ce qui demeure l'assiette des droits des créanciers dont les créances ne sont pas nées de l'activité pour laquelle le statut de l'EIRL a été adopté.

2. L'affectation facultative

237. Au-delà de cette affectation impérative, le patrimoine d'affectation peut également comprendre « l'ensemble des biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur est titulaire, utilisé pour l'exercice de son activité professionnelle et qu'il décide d'y affecter ». L'affectation de cette composante du patrimoine relève de la seule volonté de l'entrepreneur sans que son choix ne puisse être, en principe, remis en cause par un créancier. L'article L.526-6 alinéa 2 précise en effet qu'il s'agit d'éléments que l'entrepreneur décide d'intégrer au patrimoine affecté. Contrairement à l'affectation obligatoire, ici, c'est le critère de l'utilisation qui opère. Les biens ne sont pas affectés par nature mais simplement utilisés pour l'exercice de la profession. Cependant, cette extension de l'affectation est aussi incertaine, l'affectation des biens utiles est aléatoire car la décision n'existe que si elle est formalisée. Le choix n'est pas absolu car le bien doit être utilisé à titre professionnel⁵³⁴.

238. Cependant, l'utilisation d'un bien peut n'être que partielle, l'autre partie servant à l'usage privé de l'EIRL. Ce qui n'est pas de nature à exclure toute contestation. L'affectation de ce bien à l'activité professionnelle de l'EIRL pourrait être contestée par les créanciers non liés à cette activité

⁵³² V. à cet effet, P. Dubuisson, L'EIRL, Litec, 2010, p. 13 et s.

⁵³³ En cas de contestation sur la nature de l'affectation d'un élément, il appartiendra dès lors au tribunal (la Cour de cassation n'ayant aucune influence sur ce type de contentieux) de se prononcer sur le caractère nécessaire ou non d'un tel élément dont l'affectation est contestée par les créanciers professionnels ou personnels de l'EIRL.

⁵³⁴ Ces constatations montrent que la composition du patrimoine affecté, gage des créanciers professionnels, reste strictement encadrée par la loi.

et qui voient leur échapper un actif patrimonial dont l'utilisation dans l'activité professionnelle est minime par rapport à ce qu'il représente dans le patrimoine privé.

Ainsi, la consistance du patrimoine affecté est le résultat d'une combinaison entre critères objectifs et subjectifs. Les biens nécessaires à l'exercice de l'activité professionnelle intègrent impérativement le patrimoine affecté, ceux qui ne répondent pas à cette condition peuvent y être inclus à la condition qu'ils soient utilisés par l'entrepreneur individuel qui décide de les intégrer dans cette universalité.

239. La finalité de l'affectation patrimoniale est d'isoler au sein du patrimoine de l'entrepreneur une masse d'actifs pouvant servir de gage aux créanciers professionnels, la déclaration d'affectation comprend impérativement un état descriptif « en nature, qualité, quantité et valeur » des choses que contient le patrimoine affecté.

C'est effectivement sur ce contenu que vont s'exercer les droits des créanciers professionnels, et qui constituent leur droit de gage.

B. Le contenu de l'affectation patrimoniale

240. Le patrimoine d'affectation peut être composé de plusieurs éléments de nature différente (1) dont la propriété n'est pas exclusive à l'entrepreneur individuel (2).

1. La nature des éléments affectés

241. Aux termes de l'article L.526-6 du code de commerce, le patrimoine affecté est composé d'un ensemble de « biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire ». L'EIRL affecte pour son activité professionnelle un ensemble d'éléments qui constitue le gage des créanciers professionnels. Ce qui justifie que l'affectation de certains éléments dans le patrimoine professionnel est soumise à des conditions strictes. Il en est ainsi des biens affectés au patrimoine professionnel. Le législateur met en place un dispositif destiné à garantir la réalité de la valeur des biens apportés.

242. Cependant, le Code civil ne donne pas une définition précise de la notion de biens, tout au plus il se contente de donner une description de ce qu'est un bien, mais on peut admettre qu'un bien est une chose matérielle susceptible d'appropriation. Mais, faute de précision dans le texte, la notion de bien doit être entendue dans son acception la plus large. Selon l'article 516 du Code civil, les biens sont, soit des meubles ou des immeubles⁵³⁵. Ils peuvent être inclus dans le patrimoine

⁵³⁵ En conséquence, il est possible d'affecter une somme d'argent, un stock de marchandises, du matériel, ou un immeuble. V. Véronique LEGRAND, EIRL : lancement des opérations et premier « casse-tête » à l'attention des aspirants (composition du patrimoine affecté), LPA, 03 janvier 2011 n°1, p. 3.

d'affectation dès lors qu'ils sont nécessaires et que l'EIRL décide de les utiliser. Certains biens peuvent avoir un caractère mixte, ceux-ci peuvent être selon le choix de l'EIRL inclus dans le patrimoine affecté ou maintenus dans le patrimoine personnel. Toutefois, ce choix reste largement encadré par le législateur pour garantir la protection des droits des créanciers. L'affectation des biens meubles et immeubles est soumise à des conditions pour certaines catégories de biens. Pour les biens meubles dont la valeur est supérieure à trente mille euros⁵³⁶, ils doivent faire l'objet d'une évaluation.

Cette exigence ne concerne pas uniquement les biens meubles mais tout élément d'actif. À cet effet, le législateur dispose que « tout élément d'actif du patrimoine affecté autres que des liquidités, d'une valeur déclarée supérieure à un montant fixé par décret fait l'objet d'une évaluation au vu d'un rapport annexé à la déclaration et établi sous sa responsabilité par un commissaire un comptes, un expert-comptable, une association de gestion et de comptabilité »⁵³⁷. Concernant les biens immobiliers ou d'une partie d'un bien immobilier, son affectation est subordonnée à une évaluation préalable lorsque sa valeur est supérieur au montant fixé par l'article R. 526-5 du code de commerce. Ce texte précise que cette évaluation « est reçue par acte notarié et publiée au bureau des hypothèques ou, dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, au livre foncier de la situation du bien et de l'EIRL »⁵³⁸.

243. À la différence de l'affectation d'un bien ou d'un droit, celle d'une obligation ne concerne pas seulement l'EIRL, elle fait intervenir une autre personne dans le rapport juridique, le cocontractant avec qui l'EIRL est en rapport de droit ou d'obligation. Les droits et les obligations constituent d'un point de vue civil les deux versants des conventions. Pour la constitution du patrimoine d'affectation on peut considérer qu'il s'agit en général de l'ensemble des contrats dans lesquels l'EIRL est engagé à exécuter une obligation mais dont la contrepartie est déterminée par la nécessité de son activité professionnelle. Dès lors, l'affectation s'appliquera aux deux versants du contrat à la fois. Mais, l'EIRL doit-il pour cela recueillir le consentement de son cocontractant pour pouvoir procéder à l'affectation ? En d'autres termes, l'affectation d'un droit ou d'une obligation relève-t-elle de la libre volonté de l'EIRL ? Selon certains auteurs, si on considère que l'affectation opère un changement de dénomination ou un changement du gage on devrait admettre que le cocontractant doit être averti. En revanche, si l'affectation n'opère aucun changement, l'EIRL dispose d'une totale liberté dans le choix de l'affectation, la perspective de la déclaration

⁵³⁶ V. art. R. 526-5.

⁵³⁷ Art. L. 526-10.

⁵³⁸ Art. L. 526-9.

d'affectation étant d'avertir les créanciers professionnels sur l'étendue de leurs droits⁵³⁹. Les mêmes soucis se posent concernant l'affectation des sûretés, il faut souligner que les sûretés qui ne peuvent être incluses dans le patrimoine affecté de l'EIRL ne sont pas les sûretés consenties par l'entrepreneur au profit de ses créanciers mais les garanties faites à son profit par ses débiteurs. Mais l'inclusion de telles sûretés est-elle conditionnée à l'accord du débiteur ? L'affectation d'un bien ou d'un droit se conçoit parfaitement mais qu'en est-il de la sûreté qui fait l'objet d'une affectation ?

Par ailleurs, si pour les biens, droits et sûretés, on peut déterminer une valeur qui sera positive ou négative, le doute subsiste sur la notion d'obligation, déterminer la valeur d'une obligation et comment la comptabiliser ? La multitude des questions soulevées renseigne sur la complexité du contenu même du patrimoine affecté. L'EIRL peut décider d'affecter tous ces éléments à son activité professionnelle mais leur appréciation et leur réalité dans la prise en compte de l'assiette du droit de gage des créanciers professionnels risquent de soulever des difficultés.

A notre avis, l'affectation des obligations ou sûretés ne doit pas poser de difficultés car la loi permet aux créanciers de faire opposition de celle-ci.

2. La titularité des éléments affectés

244. Tout ou partie de l'ensemble des biens, droits obligations ou sûretés affectés par l'EIRL peut être constitué de biens communs ou indivis. Souvent, l'EIRL est marié ou pacsé et n'est pas le seul titulaire de l'ensemble ou d'une partie des biens qu'il décide d'affecter à son activité professionnelle. Cependant, le patrimoine affecté étant le gage des créanciers professionnels, l'EIRL doit justifier de l'accord exprès de son conjoint ou de ses coïndivisaires et de leur information préalable sur les droits des créanciers professionnels sur ledit patrimoine. Cette information du conjoint ou des coïndivisaires doit être établie de manière à ne laisser aucun doute sur la portée de l'engagement de ces derniers. Un accord écrit du conjoint ou des coïndivisaires apparaît indispensable. Le conjoint ou le coïndivisaire de l'EIRL est davantage protégé que dans le cadre de la constitution d'une société à responsabilité limitée où la loi n'exige du chef d'entreprise qu'une simple obligation de prévenir son conjoint du projet d'apport en société⁵⁴⁰. Cette différence d'approche se justifie néanmoins par le fait que l'affectation amenuise les facultés contributives du couple pour répondre des crédits liés à leur vie commune. En fait, l'objectif poursuivi par le législateur est de permettre à l'EIRL de pouvoir

⁵³⁹ V. à ce propos E. Dubuisson, *L'Entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, Litec 2010, p. 15.

⁵⁴⁰ V. art. 1832-2 du C. civ.

affecter des biens sur lesquels il n'a pas la propriété exclusive tout en respectant le jeu naturel des règles du droit des régimes matrimoniaux et celles de l'indivision⁵⁴¹.

245. Il ne devrait pas y avoir de dérogation à l'application des règles gouvernant l'indivision car le bien ne change pas de nature. L'affectation du bien ne constitue pas un acte de disposition. Cependant, tout événement touchant le bien affecté peut avoir des répercussions sur le patrimoine affecté. Il en est ainsi en cas de divorce des époux emportant la liquidation de la communauté, tout comme le partage de l'indivision qui a pour conséquences de modifier les droits exercés par l'entrepreneur individuel sur le bien. La liquidation du régime ou le partage de l'indivision pourrait vider le patrimoine d'affectation d'une partie consistant de son contenu, voire le supprimer en cas de disparition d'un bien professionnel nécessaire.

Mais, au-delà, ne peut-on pas voir dans l'affectation « un acte d'administration professionnelle, justiciable à ce titre de la gestion exclusive du conjoint entrepreneur dans le régime de la communauté légale » ?⁵⁴² Si l'on répond par l'affirmative, exiger le consentement du conjoint de l'EIRL reviendrait à soumettre l'affectation à une cogestion alors que le patrimoine professionnel affecté loin de constituer un patrimoine fiduciaire ou une affectation pour le paiement préférentiel de la dette d'un créancier est une quête d'autonomie professionnelle de l'entrepreneur individuel. Précisément, la cogestion ne peut s'expliquer dans ce contexte que par l'impact négatif que pourrait avoir l'accomplissement d'actes graves en raison de leurs caractères translatifs, abdicatifs ou constitutifs de droits réels. À s'en tenir à l'article L.526-6 du code de commerce, la création du patrimoine d'affectation n'emporte pas la création d'une personne morale, tous les biens communs ou indivis affectés restent la propriété de leurs titulaires. Or, ici l'affectation ne dégrade pas la situation juridique du bien au regard des dettes professionnelles de l'EIRL car, même sans affectation, il engage par ses dettes la totalité de son patrimoine qu'il soit professionnel ou privé en vertu de l'article 1413 du Code civil. De ce point de vue, la cogestion ne se justifie pas. Et, même si l'affectation d'un bien commun peut diminuer considérablement le crédit du conjoint de l'entrepreneur individuel, elle ne porte pas atteinte à l'engagement de toute la communauté⁵⁴³.

⁵⁴¹ Cependant, la question fondamentale qui demeure est le sort qui est réservé à l'affectation d'un bien commun ou indivis. Malgré la différence fondamentale qui oppose le statut matrimonial du bien indivis et du bien commun, le législateur leur destine un sort identique. V. Véronique LEGRAND, EIRL : lancement des opérations et premier « casse-tête » à l'attention des aspirants (composition du patrimoine affecté), LPA, 03 janvier 2011 n°1, p. 4.

⁵⁴² Véronique LEGRAND, EIRL : lancement des opérations et premier « casse-tête » à l'attention des aspirants (composition du patrimoine affecté), LPA, 03 janvier 2011 n°1, p. 4.

⁵⁴³ La sanction prévue à cet effet semble justifier cette position car le non-respect de l'exigence de cogestion est sanctionnée par la nullité, or l'article L.526-11 du code de commerce dispose que « le non-respect des règles prévues au présent article entraîne l'inopposabilité de l'affectation ».

246. Il en est de même s'agissant l'affectation d'un bien indivis. En exigeant l'information du ou des coïndivisaires pour l'affectation d'un bien indivis, le législateur semble oublier que les créanciers personnels ne peuvent pas saisir les biens indivis et qu'en principe les créanciers professionnels d'un indivisaire qui exploite seul un fonds de commerce indivis sont des créanciers personnels au sens de l'article 815-17 du Code civil. Dès lors, l'affectation ne saurait conférer aux créanciers professionnels un droit de saisir que leur refuse le droit de l'indivision⁵⁴⁴.

En outre, l'article L.526-11 du code de commerce précise qu' « un même bien commun ou indivis ou une même partie d'un bien immobilier commun ou indivis ne peut entrer dans la composition que d'un seul patrimoine affecté ». Cette règle impérative vise à éviter que les époux ou les coïndivisaires intègrent le même bien dans chacune des déclarations d'affectation patrimoniale, alors même qu'ils peuvent bien sûr opter pour le statut de l'EIRL pour leur activité professionnelle. Il y va de la consistance du gage des créanciers professionnels de l'époux entrepreneur individuel ou du coïndivisaire exerçant son activité sous le statut de l'EIRL et de la volonté d'éviter les risques de confusions. Mais, si on peut admettre la pertinence d'une telle règle concernant l'affectation des biens communs, que le doute nous soit permis en ce qui concerne la nécessité d'une telle interdiction étendue aux biens indivis. Car, en effet, chaque coïndivisaire pourrait avoir la possibilité d'affecter la fraction de sa part indivise du bien sans pour autant que cela ne remette en cause ni les droits des autres indivisaires et de leurs créanciers, ni les droits des créanciers de l'indivision.

Conclusion du Titre II :

247. Par le jeu des régimes matrimoniaux, l'entrepreneur individuel peut chercher à mettre à l'abri de la poursuite de ses créanciers professionnels son patrimoine conjugal. À cet effet, le recours aux régimes séparatistes semble être, en pratique, plus indiqué pour soustraire les biens du couple au gage des créanciers. À défaut, l'entrepreneur individuel peut recourir à la technique de l'affectation fiduciaire afin de cantonner les droits des créanciers sur les biens transférés dans le patrimoine fiduciaire. En effet, la fiducie permet la création d'un patrimoine d'affectation qui sera le gage des créanciers professionnels.

248. Mais, le véritable patrimoine fut institué avec la création de l'EIRL. La recherche d'une protection efficace de l'entrepreneur individuel a conduit le législateur français à rompre avec le sacro-saint principe de l'unicité du patrimoine développé par Aubry et Rau. En effet, l'introduction en droit français du patrimoine d'affectation longtemps réfuté a permis de renforcer les mécanismes

⁵⁴⁴ Cependant, l'affectation opère toute son originalité à l'égard des créanciers privés car même s'ils sont créanciers de l'indivision, ils ne pourront plus exercer leurs droits sur le bien indivis dès lors que celui-ci a été affecté.

de protection de l'entrepreneur individuel existants. Désormais, l'entrepreneur individuel peut avoir autant de patrimoines qu'il dispose d'activités professionnelles. L'objectif de ce mécanisme est d'isoler son patrimoine personnel en le tenant à l'abri de ses créanciers professionnels. Ainsi, en cas de difficultés résultant de son ou ses patrimoines professionnels, ses biens personnels seront épargnés. La déclaration d'insaisissabilité vise également la même finalité. Mais la protection qu'elle instaure est limitée aux biens immobiliers que l'entrepreneur individuel n'utilise pas dans son activité professionnelle

Ainsi, l'entrepreneur individuel peut recourir à ces divers mécanismes de protection qui lui permettent de limiter les droits des créanciers en les cantonnant au seul patrimoine affecté ou en soustrayant certains biens de leur droit de gage.

Conclusion de la Partie I :

249. En définitive, l'entrepreneur individuel dispose désormais d'une panoplie de mécanismes destinées à lui permettre de limiter l'étendue des droits des créanciers sur son patrimoine personnel. En effet, en consacrant l'EIRL, le législateur vient renforcer le dispositif de protection existant. Avec la déclaration notariée d'insaisissabilité, ils constituent des mécanismes de protection spécifiquement réservés à l'entrepreneur individuel pour lui permettre de protéger son patrimoine personnel.

250. Toutefois, en dehors de ces mécanismes, l'entrepreneur individuel peut avoir recours à des mécanismes de droit commun tel que la fiducie qui s'affirme de plus en plus comme une « technique participant de la logique de l'affectation patrimoniale », ou le choix des régimes séparatistes. Ainsi, l'entrepreneur individuel peut opter, avant de débiter son activité professionnelle, pour les régimes séparatistes qui sont plus protecteur du patrimoine conjugal compte tenu des risques de son activité professionnelle ou en demander le changement en cours d'activité au profit de ceux-ci.

En théorie, les mécanismes de protection assurent la protection de l'entrepreneur individuel, mais leur mise en œuvre est soumise à certaines conditions dont dépend leur efficacité.

PARTIE II.

L'EFFICACITE DE LA PROTECTION DE L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL AU REGARD DES DROITS DES CREANCIERS

251. La volonté de protéger l'entrepreneur individuel a conduit le législateur à mettre en place des mécanismes lui permettant de mettre à l'abri son patrimoine personnel, en dehors des mécanismes de droit commun auxquels peut aussi recourir ce dernier pour atteindre le même objectif. Mais, des difficultés peuvent découler de leur mise en œuvre. En effet, la loi a instauré un ensemble d'obligations que doit respecter l'entrepreneur individuel afin de préserver les droits des créanciers. Aussi bien pour les mécanismes spécifiques que pour les mécanismes de droit commun, leur efficacité dépend du respect par l'entrepreneur individuel des obligations qui leur sont attachées. Et, même en cas de respect de ces obligations leur efficacité peut être remise en cause par les créanciers antérieurs à leur mise en œuvre, mais aussi par l'entrepreneur individuel lui-même qui peut y renoncer, souvent dans le but d'obtenir du crédit ou de privilégier certains créanciers au détriment d'autres, notamment lorsqu'il est dans une situation financière difficile.

En principe, tant que l'entrepreneur individuel est *in bonis*, aucun problème ne se pose, ou du moins en théorie, car, quel que soit le gage des créanciers, il est, en principe, dans une situation financière qui lui permet d'honorer ses engagements. Néanmoins, même lorsque ce dernier est solvable, l'efficacité des mécanismes de protection peut être bafoué par les créanciers (Titre I).

252. Mais, le principal problème survient lorsque l'entrepreneur individuel est en difficulté. C'est à ce stade qu'est recherchée et mesurée l'efficacité des mécanismes de protection afin de préserver les biens personnels de la poursuite des créanciers. On constatera que les mécanismes de protection ne sont pas aussi efficaces qu'il n'y paraît au premier abord. Certains sont contournés par les créanciers, d'autres sont neutralisées par l'ouverture d'une procédure collective. Même en dehors de toute procédure collective, les créanciers de l'entrepreneur individuel peuvent remettre en cause l'efficacité des mécanismes de protection en saisissant les biens personnels de l'entrepreneur individuel lorsque le patrimoine affecté.

A défaut de renforcer l'efficacité des mécanismes existants, on se demande si le recours à l'ouverture d'une procédure collective n'est pas le meilleur moyen d'assurer la protection de l'entrepreneur individuel, dans la mesure où ce dernier peut solliciter l'ouverture d'une procédure collective alors même qu'il n'est pas en cessation des paiements, ou inversement, demander à bénéficier d'une procédure de conciliation alors qu'il est en cessation des paiements⁵⁴⁵ (Titre II).

⁵⁴⁵ S'il l'est depuis moins de 45 jours.

TITRE I.

L'EFFICACITE DE LA PROTECTION PAR LA LIMITATION DES DROITS DES CREANCIERS DE L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL IN BONIS

253. L'entrepreneur individuel répond de ses dettes professionnelles sur l'ensemble de son patrimoine. Cette responsabilité illimitée de l'entrepreneur individuel sur tout son patrimoine peut entraîner des conséquences néfastes sur ses biens non professionnels, notamment lorsqu'il est en couple. La nécessité de le protéger de la poursuite de ses créanciers professionnels est apparue évidente aux yeux des pouvoirs publics afin de limiter le droit de gage général des créanciers. Cette protection se justifie par l'étendue des droits des créanciers sur le patrimoine de l'entrepreneur individuel. Au nom du principe de l'unité du patrimoine, il engagea tout son patrimoine à l'égard de ses créanciers. L'ensemble de ses biens professionnels ou non répondent de l'ensemble de son passif quel que soit son origine. En effet, les droits des créanciers s'exercent sur tous les biens contenus dans son patrimoine sans aucune distinction sur leur nature. L'actif et le passif de l'entrepreneur individuel constituant une universalité, les risques de son activité professionnelle sont supportés par l'ensemble de ses biens.

Le droit de gage général prévu aux articles 2284 et 2285 du Code civil permet aux créanciers d'exercer leurs droits sur l'étendue du patrimoine de leur débiteur. Tout créancier de l'entrepreneur individuel, quel que soit sa qualité, professionnelle ou non, peut poursuivre n'importe quel bien contenu dans le patrimoine de ce dernier pour le paiement de sa créance. La détermination du droit de gage des créanciers permet de mettre en évidence la corrélation entre l'unicité du patrimoine de l'entrepreneur individuel et l'indivisibilité du droit de gage des créanciers qui, en principe, confère aux créanciers une égalité sur le patrimoine de leur débiteur (Chapitre 1).

254. Cependant, le droit de gage général étant une notion abstraite permettant de déterminer les droits des créanciers sur le patrimoine de leur débiteur, sa mise en œuvre se manifeste par le recours aux voies d'exécution qui permettent la saisie des biens contenus dans le patrimoine de l'entrepreneur individuel (Chapitre 2).

CHAPITRE I.

LA LIMITATION DES DROITS DES CREANCIERS PAR LES MECANISMES DE PROTECTION DE L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL

255. La finalité des mécanismes de protection est de permettre à l'entrepreneur individuel de limiter les risques encourus dans le cadre de son activité professionnelle. Quelle que soit leur nature, leur utilisation devrait normalement conduire à la même finalité qui est de limiter les droits des créanciers en mettant à l'abri de leurs poursuites certains biens considérés comme étant indispensables à l'entrepreneur individuel. Qu'il s'agisse des mécanismes spécifiques à l'entrepreneur individuel ou des mécanismes de droit commun utilisés par ce dernier pour arriver à la même finalité, leurs effets seront considérablement ressentis par les créanciers de l'entrepreneur individuel qui verront leurs droits sur les biens de leur débiteur limités.

Cette limitation des droits des créanciers par les mécanismes de protection ne concernent pas seulement les créanciers postérieurs à l'égard qui ils sont, en principe, de plein droit opposables (section 1).

256. Mais en premier lieu et avant tout, la limitation des droits créanciers résultant de la mise en œuvre des mécanismes de protection concerne les créanciers antérieurs qui, en raison de leurs droits acquis, ne peuvent se voir opposer cette limitation sans le respect de certaines conditions au préalable (section 2).

SECTION I.

LA LIMITATION DES DROITS DES CREANCIERS PAR LES MECANISMES DE PROTECTION

257. La finalité des mécanismes de protection de l'entrepreneur individuel est de limiter les droits des créanciers. Cependant, cette limitation remet en cause les droits des créanciers antérieurs qui voient l'assiette de leur droit de gage réduit par la simple volonté de l'entrepreneur individuel. Pour limiter l'atteinte aux droits des créanciers antérieurs, la loi soumet l'opposabilité des mécanismes de protection à leur égard à certaines conditions (Paragraphe 1). Mais, dans certaines situations, elle admet l'opposabilité directe de ces mécanismes aux créanciers antérieurs (Paragraphe 2).

§ 1. UNE LIMITATION CONDITIONNEE

258. L'efficacité des mécanismes de protection de l'entrepreneur individuel est soumise à certaines conditions pour leur opposabilité aux créanciers antérieurs. En effet, compte tenu de leurs effets à l'égard des créanciers antérieurs (A), la loi soumet leur opposabilité à certaines conditions (B).

A. Les conditions

259. Le législateur impose à l'entrepreneur individuel le respect de certaines conditions pour que la déclaration d'affectation puisse être opposable aux créanciers antérieurs (1). L'opposabilité du changement de régime matrimonial est également soumise à des conditions similaires (2).

1. Les conditions d'opposabilité de l'affectation patrimoniale

260. L'entrepreneur individuel est tenu d'informer les créanciers de la déclaration d'affectation (a) afin que ces derniers puissent faire valoir leur droit d'opposition (b).

a. L'information préalable des créanciers

261. L'entrepreneur individuel est soumis à une double condition lors de la constitution du patrimoine d'affectation pour son opposabilité aux créanciers antérieurs. En effet, l'article L. 526-12 du code de commerce dispose que la déclaration « est opposable aux créanciers dont les droits sont nés antérieurement à son dépôt à la condition que l'EIRL le mentionne dans la déclaration

d'affectation et en informe les créanciers dans des conditions fixées par voie réglementaire »⁵⁴⁶. L'EIRL est tenu d'une part de le mentionner dans sa déclaration au moment de la constitution du patrimoine d'affectation. La notification de la déclaration d'affectation aux créanciers antérieurs doit être faite par lettre recommandée avec avis de réception dans le mois de la déclaration, précise l'article D. 526-9 du code de commerce. Elle vise à informer les créanciers de l'entrepreneur individuel du changement intervenu dans la situation juridique de leur débiteur. Elle permet également à informer les créanciers antérieurs de leur droit de faire opposition de la déclaration. A cet effet, l'article R. 526-8 du code de commerce dispose que l'EIRL les « informe également de leur droit de faire opposition à cette déclaration d'affectation » dans le délai d'un mois⁵⁴⁷.

262. Il en va autrement en droit de l'OHADA en ce qui concerne les conditions d'opposabilité du transfert fiduciaire de sommes d'argent aux créanciers de l'entrepreneur individuel. En droit de l'OHADA, l'entrepreneur individuel qui transfère une somme d'argent en garantie du paiement d'une créance doit pour son opposabilité aux tiers simplement le notifier à l'établissement teneur du compte bloqué au profit du créancier. L'article 89 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés dispose que « le transfert fiduciaire devient opposable aux tiers à la date de sa notification à l'établissement teneur du compte, pourvu que les fonds soient inscrits sur le compte bloqué ». L'information individuelle de chaque créancier prévue en droit français n'est pas consacrée en droit de l'OHADA. Pourtant, celle-ci constitue un gage de protection des droits des créanciers sur le patrimoine de leur débiteur que le législateur en droit de l'OHADA ne devait ignorer.

b. Le droit d'opposition des créanciers antérieurs à la déclaration d'affectation

263. La perspective de la déclaration d'affectation est d'avertir les créanciers professionnels que parmi tous les biens du débiteur seuls certains peuvent être saisis en cas de non-paiement de la dette. L'affectation produit des effets sur le plan passif. L'article L.526-1 du code de commerce procède à une clarification sur les effets de la déclaration d'affectation. La déclaration « n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers dont les droits naissent, postérieurement à la publication, à l'occasion de l'activité professionnelle du déclarant »⁵⁴⁸. Le projet initial de la loi sur l'EIRL prévoyait de ne pas léser les

⁵⁴⁶ Art. L. 526-12, al. 2, C. com. L'art. D. 526-3, C. com. précise à cet effet que « pour l'application du deuxième alinéa de l'article L. 526-12, l'entrepreneur porte à la connaissance de chacun des créanciers dont les droits sont nés antérieurement au dépôt de la déclaration d'affectation les informations mentionnées aux 1° à 8° de l'article R. 526-3. Il les informe également de leur droit de faire opposition à cette déclaration d'affectation et du délai dont ils disposent pour agir en justice devant le tribunal compétent selon les règles de droit commun ».

⁵⁴⁷ Aux termes de l'art. R. 526-10, C. com. « l'opposition mentionnée au troisième alinéa de l'article L. 526-12 est formée dans le délai d'un mois à compter de la date de première présentation de l'information individuelle prévue à l'article R. 526-8 ».

⁵⁴⁸ V. art. L. 526-1, C. com.

droits des créanciers existants au moment de la déclaration d'affectation⁵⁴⁹ en ce sens que l'opposabilité aux créanciers antérieurs de l'affectation « reviendrait à réduire de façon imprévisible et éventuellement très significative, selon l'ampleur de l'affectation leur gage, remettant en cause l'équilibre des contrats qui ont été conclus avec les entrepreneurs »⁵⁵⁰. Ainsi, le législateur a fini par prévoir dans l'article L.526-12 du code de commerce que « la déclaration d'affectation est opposable aux créanciers antérieurs dont les droits sont nés antérieurement à son dépôt à la condition que l'EIRL le mentionne dans la déclaration d'affectation et en informe les créanciers dans les conditions fixées par voie réglementaire ». Une fois informés, les créanciers pourront selon l'article L.512-12 al. 3 former opposition, ce qui aura pour effet de leur rendre la déclaration inopposable. En effet, l'article R. 526-8 oblige l'entrepreneur à porter à la connaissance de chacun de ses créanciers les informations mentionnées à l'article R. 526-3 relatif au contenu de la déclaration d'affectation⁵⁵¹. Il est également tenu de les informer de leur droit de faire opposition à cette déclaration et du délai d'un mois dont il dispose pour agir en justice conformément aux règles de droit commun auprès du tribunal compétent.

264. Pour autant, l'opposition des créanciers antérieurs n'empêche pas la constitution du patrimoine d'affectation⁵⁵². Mais, contrairement à l'opposition en matière de cession du fonds de commerce, l'opposition du créancier antérieur déclenchera nécessairement l'intervention du juge, qui peut la rejeter ou ordonner, soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties suffisantes. À défaut, de remboursement ou de constitution de garanties, la déclaration est opposable aux créanciers intéressés. Selon le Conseil constitutionnel, il n'existe pas d'atteintes aux conditions

⁵⁴⁹ Cependant, l'Assemblée nationale avait souhaité rendre opposable aux créanciers antérieurs la déclaration d'affectation. V. Rapport Assemblée nationale n° 2298, février 2010, par I. de la Raudière, p. 29.

⁵⁵⁰ V. Rapport Sénat n° 362, mars 2010, par J.-J.- Hyest, p. 48.

⁵⁵¹ Aux termes de l'article R.526-3, elle doit contenir les informations suivantes :

1° Les nom, nom d'usage, prénoms, date, lieu de naissance et domicile de l'entrepreneur individuel.

2° La dénomination utilisée pour l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté, comprenant au moins son nom ou son nom d'usage.

3° L'adresse de l'établissement principal où est exercée l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté ou à défaut d'établissement l'adresse du local d'habitation où l'entreprise est fixée ;

4° L'objet de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté ;

5° La date de clôture de l'exercice comptable ;

6° Le cas échéant, la mention de l'opposabilité de la déclaration d'affectation aux créanciers dont les droits sont nés antérieurement à son dépôt ;

7° Un état descriptif des biens, droits, obligations ou sûretés affectés à l'activité professionnelle en nature, qualité, quantité et valeur. La valeur déclarée est la valeur vénale ou, en l'absence de marché pour le bien considéré, la valeur d'utilité ;

8° Le numéro unique d'identification de l'entreprise délivré conformément à l'article D. 123-235 si la personne est déjà immatriculée.

⁵⁵² V. Y. Reinard, S. Thomasset-Pierre et C. Nourissat, Droit commercial, Lexis Nexis, 8^e éd. 2012, p. 332 et s.

d'exercice du droit de propriété des créanciers antérieurs garanti par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. Toutefois, dès lors que leur opposition a été admise, ces créanciers se trouvent totalement étrangers à l'affectation patrimoniale. Leurs droits demeurent tels qu'ils pourraient être invoqués à l'encontre d'une personne physique exerçant à titre individuel une activité professionnelle. Ils pourront saisir les biens non affectés.

Cependant, l'action en inopposabilité est une voie étroite qui exige une grande preuve de ténacité de la part des créanciers antérieurs pour pouvoir en bénéficier. Pour autant, tout semble être fait pour que la scission du patrimoine soit opposable à la quasi-totalité des créanciers, ouvrant ainsi à l'entrepreneur individuel la faculté de restreindre unilatéralement l'efficacité du gage de ses créanciers antérieurs. Ces derniers ne peuvent ainsi formuler aucun désaccord par rapport à la situation créée par la déclaration d'affectation. En fait, l'opposition ne leur permet que de faire prévaloir leurs droits en contestant l'affectation patrimoniale dans le délai requis devant le tribunal compétent conformément aux règles de droit commun⁵⁵³. Elle n'a donc pas pour finalité de remettre en cause la déclaration d'affectation, mais elle a pour objectif de rendre inopposable la déclaration aux créanciers à l'égard de qui elle est admise. Le tribunal compétent saisi à cet effet peut soit rejeter l'opposition du créancier, soit ordonner le remboursement immédiat de la créance du créancier opposant, soit accepter la proposition de l'entrepreneur individuel de constituer des garanties suffisantes pour le remboursement des créances⁵⁵⁴. Dans l'hypothèse où le tribunal compétent admet l'opposition des créanciers antérieurs, la déclaration d'affectation est inopposable à l'égard de ces derniers. Les créanciers antérieurs conservent leur droit de gage général sur les biens de l'entrepreneur individuel. A leur égard, la déclaration d'affectation n'a aucun effet et ils peuvent saisir n'importe lequel des biens de l'entrepreneur individuel pour se faire payer. A l'inverse, le rejet de l'opposition⁵⁵⁵ soumet le ou les créanciers opposant au cloisonnement patrimonial et suivant la nature de leur relation avec l'entrepreneur individuel, ils ont pour seul gage soit le patrimoine affecté à l'activité professionnelle, soit le patrimoine personnel.

2. Les conditions d'opposabilité du changement de régime matrimonial

265. Les risques de l'activité professionnelle peuvent amener l'entrepreneur individuel à changer le régime matrimonial auquel il était soumis. Comme nous l'avons souligné, le choix du régime matrimonial a des effets considérables sur la protection des biens du couple de l'entrepreneur

⁵⁵³ Art. R. 526-8, C. com.

⁵⁵⁴ En effet, l'art. L. 526-12, C. com. al. 3, dispose que « une décision de justice rejette l'opposition ou ordonne soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties, si l'entrepreneur individuel en offre et si elles sont jugées suffisantes ».

⁵⁵⁵ Notamment lorsque la demande n'est pas fondée pour défaut d'exigibilité ou lorsque la dette n'est pas antérieure, etc.

individuel. Avec les régimes communautaires, l'entrepreneur individuel engage non seulement ses biens personnels mais également les biens communs et voire même les biens de son conjoint en cas de solidarité. Cette situation est d'autant plus délicate lorsque les deux époux exercent une activité professionnelle⁵⁵⁶. L'entrepreneur individuel peut, à cet effet, afin de protéger son conjoint des risques de son activité professionnelle, changer de régime matrimonial⁵⁵⁷. Soumis à un régime de la communauté, l'entrepreneur individuel peut le changer au profit du régime de la séparation des biens beaucoup plus protecteur du patrimoine conjugal.

266. Toutefois, la loi soumet ce changement à certaines conditions. D'abord, le législateur français soumet le changement de régime matrimonial à une condition de durée. L'entrepreneur individuel ne peut changer de régime que dans le délai de deux ans après l'adoption du régime auquel il est soumis. L'article 1397 du Code civil dispose à cet effet que, « après deux années d'application du régime matrimonial, les époux peuvent convenir, dans l'intérêt de la famille, de le modifier, ou même d'en changer entièrement, par un acte notarié. A peine de nullité, l'acte notarié contient la liquidation du régime matrimonial modifié si elle est nécessaire »⁵⁵⁸. Si l'entrepreneur individuel avait au préalable fait un changement de régime matrimonial, le délai de deux ans lui est également applicable pour qu'il puisse procéder à un nouveau changement.

L'entrepreneur individuel doit aussi informer ses créanciers du changement de régime matrimonial. L'article 1397, alinéa 3 du Code civil dispose que « les créanciers sont informés de la modification envisagée par la publication d'un avis dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans l'arrondissement ou le département du domicile des époux »⁵⁵⁹. Cette notification se justifie par le fait que le changement de régime matrimonial emporte des conséquences sur les relations entre l'entrepreneur individuel et ses créanciers. Le changement d'un régime communautaire vers un régime de séparation des biens emporte des conséquences considérables sur le droit de gage général des créanciers de l'entrepreneur individuel ou sur les droits des créanciers de

⁵⁵⁶ L'art. 223, C. civ. dispose en effet que « chaque époux peut librement exercer une profession, percevoir ses gains et salaires et en disposer après s'être acquitté des charges du mariage ».

⁵⁵⁷ Toutefois, le changement de régime matrimonial suppose l'accord exprès des deux époux. Ce consentement doit exister au moment de la conclusion du contrat et au moment de l'homologation du changement de régime matrimonial. Pour renforcer la protection des parties au moment du changement, l'art. 1397, al. 7, C. civ. dispose que « lorsque l'un ou l'autre des époux fait l'objet d'une mesure de protection juridique dans les conditions prévues au titre XI du livre Ier, le changement ou la modification du régime matrimonial est soumis à l'autorisation préalable du juge des tutelles ou du conseil de famille s'il a été constitué ».

⁵⁵⁸ Art. 1397, al. 1, C. civ.

⁵⁵⁹ L'art. 1300, CPCF dispose à cet effet que « l'information prévue au deuxième alinéa de l'article 1397 du code civil est notifiée aux personnes qui avaient été parties au contrat de mariage et aux enfants majeurs de chaque époux.

Le contenu de cette information ainsi que celui de l'avis prévu au troisième alinéa de l'article 1397 du code civil est défini par arrêté du garde des Sceaux, ministre de la justice ».

son conjoint. Certains biens qui étaient intégrés dans le gage des créanciers peuvent en effet en sortir par l'effet de la séparation des biens intervenue entre l'entrepreneur individuel et son conjoint.

C'est la raison pour laquelle, le législateur français soumet le changement de régime matrimonial à certaines conditions de forme afin d'assurer la protection des droits des parties mais également des tiers, et plus particulièrement des créanciers des époux qui peuvent subir les conséquences de cette modification. En effet, le changement de régime matrimonial doit être fait par acte notarié et l'officier ministériel (le notaire) est tenu de vérifier si toutes les conditions sont réunies pour que le changement puisse avoir lieu. Il vérifie aussi si l'intérêt de la famille⁵⁶⁰ le justifie et si les droits des créanciers ne sont pas violés. Il vérifie également si le changement de régime matrimonial n'est pas fait en fraude aux droits des créanciers⁵⁶¹. Depuis la loi du 23 mars 2007⁵⁶², l'intervention du juge n'est plus automatique. Il n'intervient que lorsqu'il y a une opposition au changement de régime matrimonial ou lorsque l'un des époux a un enfant mineur⁵⁶³. Dans l'hypothèse où l'entrepreneur individuel et son conjoint ont en commun ou non un ou des enfants mineurs, l'intervention du juge est obligatoire. Dans ce cas, l'acte notarié de changement de régime matrimonial est soumis au juge pour son homologation⁵⁶⁴.

267. L'homologation du juge est également requise lorsque les enfants majeurs du couple ou les créanciers ont fait opposition au changement de régime matrimonial⁵⁶⁵. Toutefois, la Cour de cassation précise à cet effet que les époux ne peuvent faire opposition au changement de régime matrimonial sur le fondement de l'article 1397 du Code civil⁵⁶⁶. En l'absence d'homologation, aucun des époux ne peut contester le changement au motif qu'il était contraire à l'intérêt de la famille. Tout

⁵⁶⁰ La jurisprudence fait une appréciation large de la notion d'intérêt de famille. Elle envisage la famille au sens nucléaire du terme qui englobe les parents et les enfants. Selon elle, l'intérêt de famille peut être justifié même s'il n'y a que l'intérêt d'un seul des membres de la famille qui est visé par le changement de régime matrimonial, v. à cet effet, Cass. civ. 1re, 6 janvier 1976 : D. 1976. 253.

⁵⁶¹ Parfois l'adoption d'une communauté universelle avec clause d'attribution intégrale est faite dans le but de faire échapper au conjoint survivant le droit de mutation. Toutefois, ce procédé, qualifié par certains auteurs de détournement du régime matrimonial, n'est pas illicite dans la mesure où la loi ne le punit pas en ce sens que le recours à la voie fiscale la plus avantageuse ne constitue pas une fraude fiscale. V. à cet effet, V. Ph. Malaurie et L. Aynès, Régimes matrimoniaux, 4^{ème} éd., LGDJ, 2013, p. 308.

⁵⁶² Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection judiciaire des majeurs.

⁵⁶³ Dans ce cas, la demande d'homologation doit être présentée devant le tribunal de grande instance du lieu de résidence de la famille qui vérifie si l'intérêt de la famille est préservé et si les droits des créanciers ne sont pas violés.

⁵⁶⁴ Le tribunal compétent est le tribunal de grande instance du lieu de résidence de la famille.

⁵⁶⁵ A cet effet, l'art. 1300-1, CPCF dispose que « les oppositions faites par les personnes visées aux deuxième et troisième alinéas de l'article 1397 du code civil sont notifiées au notaire qui a établi l'acte. Il en informe les époux.

En cas d'opposition, il appartient aux époux de présenter une requête dans les formes prévues au paragraphe 2 de la présente section ».

⁵⁶⁶ V. à cet effet, F. Vauvillé, obs. ss Civ. 1re, 14 avr. 2010, RJPJF 9/28.

au plus l'époux qui souhaite contester le changement doit le faire sur le fondement de la fraude ou du vice de consentement⁵⁶⁷. Ainsi, le conjoint qui entend remettre en cause le changement de régime matrimonial doit recourir au droit des contrats pour le contester⁵⁶⁸.

268. Les créanciers qui souhaitent s'opposer au changement de régime matrimonial doivent le faire dans un délai de trois mois à partir de la publication du changement de régime matrimonial dans un journal d'annonces légales⁵⁶⁹. L'article 1397 du Code civil dispose à cet effet que les créanciers peuvent « s'opposer à la modification dans les trois mois suivant la publication »⁵⁷⁰. Selon l'article 1397, alinéa 4 du Code civil, c'est à la suite de cette opposition qu'intervient le juge afin d'homologuer le changement de régime matrimonial⁵⁷¹. Bien évidemment, en cas de décès de l'un des époux, la demande d'homologation devient sans objet⁵⁷².

En revanche, l'opposition ne remet pas en cause le changement de régime matrimonial, le juge saisi de la demande d'homologation du changement de régime matrimonial n'est pas tenu de suivre le créancier dès lors que l'intérêt de la famille est préservé et qu'il estime que le changement ne porte pas atteinte aux droits du créancier opposant⁵⁷³.

269. Dans l'espace OHADA, le changement de régime matrimonial est régi par les droits nationaux des Etats membres. Chaque Etat est souverain en ce qui concerne les dispositions régissant l'état des personnes même si celles-ci peuvent avoir des impacts sur la situation économique des acteurs qui sont dans le cadre de leur activité professionnelle au droit de l'OHADA. Cette situation entraîne malheureusement une disparité des règles auxquelles sont soumis les

⁵⁶⁷ Civ. 1re, 29 mai 2013, n° 12-10.027, D. 2013. 1410 ; AJ fam. 2013. 453, obs. P. Hilt ; D. actu., 21 juin 2013, obs. R. Méza, cité par J. Souhami, *Changement de régime matrimonial : le droit des contrats protège-t-il l'intérêt de la famille ?* Rec. D., 2013, p. 2088.

⁵⁶⁸ V. sur ce point, J. Souhami, *Changement de régime matrimonial : le droit des contrats protège-t-il l'intérêt de la famille*, op. cit., p. 2088 et s.

⁵⁶⁹ L'art. 1300-4, CPCF précise que « la demande d'homologation d'un changement de régime matrimonial est portée devant le juge aux affaires familiales de la résidence de la famille.

Un extrait de la demande est transmis par l'avocat des demandeurs aux greffes des tribunaux de grande instance dans le ressort desquels sont nés l'un et l'autre des époux, à fin de conservation au répertoire civil et de publicité par mention en marge de l'acte de naissance selon les modalités prévues au chapitre III du titre Ier du présent livre.»

⁵⁷⁰ Art. 1397, al. 3, C. civ.

⁵⁷¹ Aux termes de cette disposition, « en cas d'opposition, l'acte notarié est soumis à l'homologation du tribunal du domicile des époux. La demande et la décision d'homologation sont publiées dans les conditions et sous les sanctions prévues au code de procédure civile », v. art. 1300 et s., CPCF.

⁵⁷² V. Civ. 1re, 12 juill. 2001, n° 99-14.082, Bull. civ. I, n° 223, JCP 2002. I. 103, n° 8, obs. G. Wiederkehr, Defrénois 2001. 1133, obs. G. Champenois (1re espèce), Dr. fam. 2001, n° 101, obs. B. B., RJPF 2002-1/31, obs. F. Vauvillé, RTD civ. 2002. 133, obs. B. Vareille. V. Art. 1397, al. 3, C. civ.

⁵⁷³ La décision du tribunal homologuant le changement de régime matrimonial est susceptible de recours devant la Cour d'appel du lieu de la résidence de la famille. V. art. 1397, C. civ. et art. 1301 et 1304, CPCF.

entrepreneurs individuels dans l'espace OHADA, notamment en droit des régimes matrimoniaux. Ainsi, « en droit sénégalais, le choix du régime matrimonial par les époux est en principe irrévocable, c'est-à-dire qu'une fois leur choix exprimé le mari et la femme ne peuvent pas changer d'option pendant leur mariage »⁵⁷⁴. Toutefois, le législateur a prévu des situations dans lesquels le changement de régime matrimonial est admis⁵⁷⁵. Cependant, d'autres pays de l'espace OHADA consacrent le changement de régime matrimonial, basé sur le même principe que celui du droit français. En réalité, ces pays adoptent le même procédé qu'en droit français pour le changement de régime matrimonial⁵⁷⁶.

On se retrouve dans un espace juridique uniformisé dans lequel évoluent des entrepreneurs individuels soumis à des règles différentes qui influent fortement sur leurs activités professionnelles et qui jouent un rôle considérable dans leurs relations avec leurs créanciers.

B. Les effets

270. L'affectation patrimoniale (1) et le changement de régime matrimonial (2) emporte des effets à l'égard des créanciers antérieurs qu'il conviendrait de voir.

1. Les effets de l'affectation patrimoniale à l'égard des créanciers antérieurs

271. L'affectation patrimoniale entraîne une scission du patrimoine de l'entrepreneur individuel en deux ou plusieurs patrimoines selon le nombre d'activités professionnelles exercées sous le statut de l'EIRL. Cette subdivision cantonne les droits des créanciers sur le ou les différents patrimoines de l'EIRL. Les créanciers professionnels n'ont ainsi pour seul gage que le patrimoine qui leur est affecté et dont l'opposition n'a pas été admise. Les droits créanciers personnels de l'EIRL sont également cantonnés dans le patrimoine personnel. L'article L. 526-12 utilise une formule assez large pour définir les droits des créanciers qui n'ont pas pour gage le patrimoine affecté.

L'alinéa 2 de l'article L. 526-12 du code de commerce énonce que « les autres créanciers auxquels la déclaration est opposable ont pour seul gage général le patrimoine non affecté ». Il s'agit, en effet, des créanciers dont les droits ne sont pas nés à l'occasion des activités professionnelles de l'EIRL. Cependant, cette catégorie peut comporter non seulement les créanciers se rattachant à une activité

⁵⁷⁴ L'art. 370, al. 2, CFS dispose que le choix du régime matrimonial « est irrévocable et les époux ne peuvent changer volontairement de régime pendant le mariage ».

⁵⁷⁵ En effet, il est permis à l'épouse dans le régime dotal de demander un changement judiciaire de régime matrimonial lorsque l'époux met en péril du fait de sa mauvaise gestion les biens dotaux. Chacun des époux peut également demander le changement de régime matrimonial lorsque ses intérêts sont menacés du fait de l'autre époux. Egalement, la séparation de corps entraîne automatiquement la séparation des biens.

⁵⁷⁶ Ce sont en fait les pays qui ont subi une forte influence civiliste du droit français au lendemain des indépendances.

professionnelle distincte de celle pour laquelle l'entrepreneur a effectué une déclaration d'affectation mais aussi les créanciers liés à la vie privée de l'entrepreneur, notamment les créanciers de son conjoint, voire des créanciers de l'indivision. Leur droit de gage général porte sur tout ce qui n'est pas intégré dans le patrimoine affecté à l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel.

La perspective de la théorie du patrimoine d'affectation étant d'opérer une séparation stricte et une étanchéité maximale entre les deux masses de biens constituant le patrimoine général de l'entrepreneur individuel, de sorte que la loi a voulu établir un régime symétrique de celui des créanciers professionnels. De même que ces derniers ont pour seul gage le patrimoine affecté, les créanciers personnels n'auraient pour seul gage que le patrimoine non affecté.

Mais, cette vision de la théorie du patrimoine d'affectation justifie-t-elle qu'on mette au même pied d'égalité les créanciers professionnels et les créanciers personnels, relativement à la séparation des patrimoines au plan de l'actif et du passif comme s'il s'agissait de deux personnes distinctes ? Le lien juridique que l'entrepreneur individuel « classique » peut conserver sur le patrimoine de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) ou de la société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU) n'existe pas dans le cadre du dispositif de l'EIRL. L'affectation ne vise qu'à opérer, au sein du patrimoine de l'EIRL, une délimitation d'une masse de biens qui sera le gage des créanciers professionnels, ce qui ne devrait priver en rien les autres créanciers de leur gage naturel. En tant que créanciers personnels, ils devraient pouvoir exercer leurs droits sur tous les biens que possède leur débiteur, y compris le patrimoine affecté. L'objectif poursuivi est de priver les créanciers dont le gage est affecté de saisir les autres biens de l'entrepreneur individuel et non l'inverse.

272. Ce qui devrait avoir pour effet d'accorder aux créanciers professionnels, dont le gage est limité aux biens affectés, la priorité absolue par rapport aux autres créanciers et non d'exclure ces derniers du concours sur la masse patrimoniale affectée. Contrairement au droit romain qui admettait que les créanciers du maître puissent être payés sur le pécule⁵⁷⁷, l'affectation limite les droits des créanciers personnels aux seuls biens contenus dans le patrimoine privé. Ce cloisonnement des patrimoines entraîne pour conséquence une grande atteinte à l'étendue de l'exercice des droits des créanciers personnels qui ne sont en rien concernés par l'activité professionnelle de l'EIRL, hormis la possibilité pour eux de recourir aux bénéfices du dernier exercice clos en cas d'insuffisance du patrimoine personnel, insuffisance qui peut par ailleurs être causée par l'EIRL.

⁵⁷⁷ V. R. Villiers, *Rome et le droit privé*, Albin Michel, 1977, p. 29.

273. Le gage des créanciers personnels peut également être compromis par la possibilité pour l'entrepreneur de déterminer lui-même les revenus de son activité professionnelle qu'il verse dans son patrimoine non affecté. En accordant cette possibilité à l'EIRL sans l'encadrer n'assiste-t-on pas ainsi à une remise en cause de l'étanchéité des patrimoines qui peut emporter des conséquences négatives aussi bien à l'égard des créanciers professionnels que des créanciers personnels ? Pour les premiers, cette désaffectation pourrait entraîner une réduction de la consistance du patrimoine affecté sans qu'il y ait risque d'établir le caractère fautif ou non d'une telle opération. La fluctuation des revenus du patrimoine professionnel vers le patrimoine non affecté peut être entachée de fraude sans pour autant que les créanciers puissent le contester. Car, en effet, l'imprécision de la notion de « revenus » employée par le législateur rend également floue l'appréciation et la portée d'une telle disposition. On s'interroge sur ce qu'il faut entendre par « revenus ». S'agit-il du bénéfice réalisé par l'EIRL ? Ou bien doit-on prendre en compte cette notion dans son acception la plus large au risque d'inclure tout ce qui peut constituer une retombée financière pour l'EIRL tirée de l'exploitation de son activité professionnelle ou, même au-delà, de toute activité qui ne concerne pas le patrimoine non affecté ? Face à de telles interrogations, le doute est permis mais l'approche la plus logique à notre sens et qui semble refléter l'esprit de l'article L.526-18 du code de commerce qui renvoie aux revenus tirés de l'exploitation de l'activité professionnelle. Mais, même si cet article laisse à l'EIRL le loisir de déterminer la fraction des bénéfices qu'il décide de verser dans son patrimoine personnel, cette faculté semble être altérée dans certaines conditions, compte tenu du prisme des créanciers personnels garanti par les dispositions de l'article L. 526-12 du code de commerce.

Mais, la faculté laissée à l'EIRL de déterminer librement les revenus qu'il souhaite verser dans le patrimoine personnel emporte des conséquences moins drastique pour les créanciers personnels, car ceux-ci, en cas d'insuffisance du patrimoine dans lequel s'exercent leurs droits, se voient octroyer une extension de leurs poursuites sur les bénéfices réalisés par l'EIRL lors du dernier exercice clos.

2. Les effets du changement de régime matrimonial à l'égard des créanciers antérieurs

274. Le changement de régime matrimonial entraîne des effets aussi bien à l'égard des époux qu'à l'égard des créanciers. L'article 1397, alinéa 1 du Code civil dispose que « à peine de nullité, l'acte notarié contient la liquidation du régime matrimonial modifié si elle est nécessaire ». Quelle que soit la procédure suivie par l'entrepreneur individuel et son conjoint, le changement de régime matrimonial emporte la dissolution de la communauté. Une partie de la doctrine⁵⁷⁸ estime que

⁵⁷⁸ V., en ce sens, J. Flour et G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, 2e éd., 2001, n° 213 ; adde : B. Vareille, article préc., JCP N 2007. 1200, n° 15 ; V. Aubry et Rau, t. VIII, 7e éd., cité par Ponsard, op. cit., 1973, Litec, n° 123. G. et M. Morin, *La réforme des régimes matrimoniaux*, t. II : Defrénois, 1967, n° 427 ; R. Le Guidec, *La liquidation et le partage (de la communauté)*, in *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz-Action 2001, n° 916

lorsque l'entrepreneur individuel et son conjoint soumis au régime de la communauté change celui-ci au profit du régime de la séparation des biens, la communauté est dans ce cas dissoute. Toutefois, certains autres auteurs estiment que si le changement de régime matrimonial consiste en de petites modifications du régime auquel sont soumis les époux, il n'y a pas de dissolution de la communauté.

275. Le changement de régime matrimonial prend effet immédiat à l'égard des parties à la date de conclusion de l'acte ou du prononcé du jugement en cas d'homologation. Mais, à l'égard des créanciers de l'entrepreneur individuel, le changement de régime matrimonial n'entraîne pas des effets automatiques. Le changement prend effet trois mois après l'inscription du changement en marge de l'acte de mariage. Selon l'article 1397 du Code civil, « le changement a effet entre les parties à la date de l'acte ou du jugement qui le prévoit et, à l'égard des tiers, trois mois après que mention en a été portée en marge de l'acte de mariage »⁵⁷⁹. Dans le délai de trois mois après la mention du changement de régime matrimonial en marge de l'acte de mariage, les relations entre l'entrepreneur individuel et ses créanciers sont régis par le régime antérieur⁵⁸⁰.

Toutefois, lorsque l'entrepreneur individuel exerce une activité commerciale, le changement de régime matrimonial ne produit ses effets à l'égard des tiers qu'à compter de son inscription au registre du commerce et des sociétés. L'application du régime antérieur dans les relations entre l'entrepreneur individuel et ses créanciers est écartée lorsque celui-ci a déclaré avoir changé de régime matrimonial. L'article 1397 du Code civil précise à cet effet que le changement prend effet lorsque « en l'absence même de cette mention, le changement n'en est pas moins opposable aux tiers si, dans les actes passés avec eux, les époux ont déclaré avoir modifié leur régime matrimonial.

§ 2. UNE LIMITATION DE PLEIN DROIT EN L'ABSENCE D'OPPOSITION

276. L'obligation faite à l'entrepreneur individuel d'informer les créanciers de la déclaration d'affectation patrimoniale a pour finalité de leur permettre de s'opposer à la limitation de leur droit de gage. Contrairement à l'affectation fiduciaire qui est de plein droit opposable aux créanciers antérieurs de l'entrepreneur individuel (B), la déclaration d'affectation ne leur est opposable d'office qu'en cas de défaut d'opposition (A).

A. Une limitation des droits des créanciers antérieurs à défaut d'opposition

277. Une limitation en l'absence d'opposition des créanciers. L'affectation patrimoniale est de plein droit opposable aux créanciers de l'entrepreneur individuel qui n'ont pas fait opposition à la déclaration d'affectation. La loi permet aux créanciers antérieurs de faire opposition à l'affectation

⁵⁷⁹ Art. 1397, al. 6, C. civ.

⁵⁸⁰ Cass. civ. 1re, R., 17 mars 1987, JCP G, 3 Juin 1987, 101515.

patrimoniale dès la notification de la déclaration d'affectation par l'entrepreneur individuel. L'article L. 526-12 du code de commerce dispose à cet effet que la déclaration d'affectation « est opposable aux créanciers dont les droits sont nés antérieurement à son dépôt à la condition que l'EIRL le mentionne dans la déclaration d'affectation et en informe les créanciers dans des conditions fixées par voie réglementaire »⁵⁸¹. A défaut d'opposition, la déclaration d'affectation leur est de plein droit opposable. On suppose ainsi qu'ils ont renoncé à leur droit de s'opposer à la déclaration d'affectation

278. L'affectation patrimoniale est également opposable aux créanciers qui n'ont pas fait l'opposition dans le délai requis. Les créanciers antérieurs disposent d'un délai d'un mois pour faire opposition de la déclaration d'affectation auprès du tribunal compétent. L'article R. 526-10 du code de commerce précise que « l'opposition mentionnée au troisième alinéa de l'article L. 526-12 est formée dans le délai d'un mois à compter de la date de première présentation de l'information individuelle prévue à l'article R. 526-8⁵⁸² ». L'absence d'opposition dans le délai requis entraîne son irrecevabilité qui aura pour conséquence l'opposition de plein droit de l'affectation patrimoniale au créancier forclos. Le créancier sera soumis à l'affectation du patrimoine comme s'il n'avait jamais procédé à l'opposition de la déclaration d'affectation, sauf s'il apporte la preuve qu'il n'avait pas été personnellement informé par l'entrepreneur individuel du changement intervenu.

Dans cette hypothèse, il nous semble que le délai d'un mois pour faire opposition ne court pas. En effet, la loi prévoit que le délai ne court qu'à compter de la notification aux créanciers de la déclaration d'affectation. Le défaut de notification entraîne ainsi, normalement, une suspension du délai de prescription de l'action en opposition. La seule publication de la déclaration d'affectation dans un journal d'annonces légales ne suffit pas à faire courir le délai d'un mois. Comme le précise l'article R. 526-8 du code de commerce, ce n'est qu'à partir de la notification individuelle que le délai d'un mois commence à courir.

B. Une limitation de plein droit par l'affectation fiduciaire

279. La limitation des droits des créanciers du constituant sur le patrimoine fiduciaire. Comme nous l'avons démontré, l'affectation fiduciaire permet à l'entrepreneur individuel de faire échapper certains biens de l'entrepreneur individuel de la poursuite de ses créanciers. Les biens

⁵⁸¹ V. art. L. 526-12, al. 2, C. com.

⁵⁸² L'art. R. 526-8, C. com. dispose que « pour l'application du deuxième alinéa de l'article L. 526-12, l'entrepreneur porte à la connaissance de chacun des créanciers dont les droits sont nés antérieurement au dépôt de la déclaration d'affectation les informations mentionnées aux 1° à 8° de l'article R. 526-3. Il les informe également de leur droit de faire opposition à cette déclaration d'affectation et du délai dont ils disposent pour agir en justice devant le tribunal compétent selon les règles de droit commun ».

transférés dans le patrimoine fiduciaire sont placés dans un patrimoine fiduciaire et mis hors de la portée des créanciers personnel du constituant. Ce qui a pour conséquence de limiter leur droit de gage général sur les biens se trouvant sur le seul patrimoine de leur débiteur.

Toutefois, contrairement aux créanciers antérieurs de l'EIRL, les créanciers du constituant ne disposent d'aucun droit contre leur débiteur qui, de façon unilatérale décide de recourir à la fiducie comme technique de gestion de son patrimoine ou de garantie au profit de certains de ses créanciers⁵⁸³. Les créanciers de l'entrepreneur individuel subissent dans ce cas les modifications unilatérales apportées par ce dernier sur le patrimoine qui constitue l'assiette de leur gage. Pourtant, le législateur français a prévu le droit d'opposition des créanciers antérieurs lorsque l'entrepreneur individuel décide de créer une entreprise individuelle à responsabilité limitée ou lorsqu'il procède à un changement de régime matrimonial afin de préserver leurs droits. Ce qui n'est pas le cas pour les créanciers du constituant. Or, la gravité du mécanisme de la fiducie à l'égard des créanciers devrait normalement conduire le législateur à aménager la possibilité pour les créanciers antérieurs de contester a priori l'affectation fiduciaire lorsqu'elle remet en cause leur droit de gage, ce qui est en soi la finalité de la fiducie.

280. En droit de l'OHADA, les créanciers de l'entrepreneur individuel qui procède à un transfert fiduciaire de somme d'argent, ne peuvent non plus s'opposer à cette opération, qui pourtant, comme en droit français, réduit considérablement leur droit de gage sur le patrimoine de leur débiteur. L'affectation est opposable de plein droit aux créanciers. En effet, « le transfert fiduciaire devient opposable aux tiers à la date de sa notification à l'établissement teneur du compte, pourvu que les fonds soient inscrits sur le compte bloqué »⁵⁸⁴. La seule notification à l'établissement teneur du compte et le transfert des fonds sur un compte bloqué suffisent à rendre opposable l'affectation fiduciaire aux créanciers de l'entrepreneur individuel. Le législateur n'a pas jugé nécessaire de prévoir la publication de cette sûreté au registre du commerce et du crédit mobilier, ni même dans un journal d'annonces afin d'informer les créanciers. En somme, le simple respect des conditions de validité prévues aux articles 87, alinéa 2 et 88 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés suffit à rendre l'affectation fiduciaire opposable aux créanciers antérieurs⁵⁸⁵.

281. Cette absence d'opposition, aussi bien en droit français qu'en droit de l'OHADA rend vulnérable les créanciers. Elle leur soumet au diktat de l'entrepreneur individuel qui de façon unilatérale porte atteinte à leur droit de gage général soit en favorisant l'un d'eux au détriment des

⁵⁸³ Toutefois, comme nous le verrons dans les développements suivants, les droits des créanciers n'en sont pas moins protégés.

⁵⁸⁴ Art. 89, AUS.

⁵⁸⁵ Nous considérons, en effet, que l'art. 89, AUS reprend les obligations prévues dans ces deux dispositions.

autres⁵⁸⁶, soit en soustrayant une partie importante des biens de son patrimoine à la poursuite des créanciers⁵⁸⁷.

586 Par la technique de la fiducie-sûreté ou du transfert fiduciaire de somme d'argent.

587 Par la technique de fiducie-sûreté ou de la fiducie-gestion. Il faut noter tout de même que la fiducie-gestion n'existe pas en droit de l'OHADA.

SECTION II.

LA LIMITATION DES DROITS DES CREANCIERS POSTERIEURS PAR LES MECANISMES DE PROTECTION

282. La limitation des droits des créanciers postérieurs par les mécanismes de protection de l'entrepreneur individuel est de plein droit. La loi prévoit l'opposabilité des mécanismes de protection à l'égard des créanciers dont les droits sont nés postérieurement à la mise en œuvre des mécanismes de protection. Cette limitation se manifeste d'une part, par la soustraction de certains biens au gage des créanciers (Paragraphe 1) et d'autre part, par le cantonnement de leurs droits sur le patrimoine qui leur est affecté (Paragraphe 2).

§ 1. LA SOUSTRACTION DE CERTAINS BIENS AU GAGE DES CREANCIERS POSTERIEURS

283. L'affectation fiduciaire permet à l'entrepreneur individuel de soustraire le patrimoine fiduciaire au gage des créanciers postérieurs (A). La déclaration d'insaisissabilité vise la même finalité. Cependant, son efficacité est subordonnée au respect de certaines conditions (B).

A. La soustraction du patrimoine fiduciaire au gage des créanciers postérieurs

284. Les créanciers postérieurs à l'affectation fiduciaire ont pour seul gage le patrimoine de l'entrepreneur individuel. C'est à l'égard de ces créanciers que l'efficacité de l'affectation fiduciaire joue pleinement. Les biens affectés dans le patrimoine fiduciaire étant sorti du patrimoine personnel de leur débiteur, ils ne peuvent prétendre à aucun droit sur ces biens. Comme nous l'avons souligné, le transfert des biens dans un patrimoine fiduciaire opère en même temps un transfert de propriété desdits biens, ceux-ci sortent du patrimoine de l'entrepreneur individuel même si, à la base du contrat de fiducie, une convention de mise à disposition a été conclue entre le constituant et le fiduciaire. Dès lors, le patrimoine fiduciaire échappe au droit de gage général des créanciers de l'entrepreneur individuel. Cependant, cette immunité n'est que de façade car elle ne met pas à l'abri le patrimoine du constituant. *À contrario*, toute créance née en dehors de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire est supportée par le patrimoine personnel du constituant.

285. Il en est de même en droit de l'OHADA. L'Acte uniforme portant organisation des sûretés prévoit que pour la validité du transfert fiduciaire de somme d'argent que le constituant transfère les fonds dans un compte bloqué ouvert au nom du bénéficiaire. Les sommes transférées sortent du patrimoine de l'entrepreneur individuel et ne pourront être saisies par ses créanciers.

Toutefois, à la différence du droit français, les sommes placées dans un compte bloqué pourront être saisies par les créanciers du bénéficiaire. Cependant, ces derniers, ne pouvant avoir plus de

droits que leur débiteur, devront attendre la mise à disposition des fonds à celui-ci pour mettre en œuvre les mesures d'exécution. Cette règle se justifie dans la mesure où les créanciers du bénéficiaire ne peuvent avoir plus de droits que leur débiteur sur les fonds bloqués à son profit. Cette solution n'a pas été prévue par le droit français. Les créanciers du bénéficiaire ne peuvent saisir le patrimoine fiduciaire tant que celui-ci n'a pas intégré le patrimoine de leur débiteur. Ainsi, lorsque l'entrepreneur individuel est le bénéficiaire des biens transférés dans un patrimoine fiduciaire, ses créanciers personnels dont le droit de gage a été limité retrouvent leurs droits de poursuite sur les biens fiduciaires dès qu'ils réintègrent le patrimoine du constituant.

286. Le législateur français soumet ainsi de plein droit les créanciers postérieurs de l'entrepreneur individuel au effets de l'affectation fiduciaire. Seuls les créanciers dont les droits sont nés de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire peuvent prétendre avoir des droits sur ledit patrimoine. c'est à l'égard de ces créanciers que la loi admet un infléchissement du cantonnement patrimonial issue de l'affectation fiduciaire.

B. La soustraction conditionnée des biens déclarés insaisissables au gage des créanciers postérieurs

287. Le mécanisme de la déclaration d'insaisissabilité suppose pour son opposabilité aux créanciers postérieurs le respect de certaines conditions (1) dont les effets permettent de mesurer l'efficacité du dispositif (2).

1. Les conditions d'opposabilité de la déclaration d'insaisissabilité aux créanciers antérieurs

288. La soustraction des biens fonciers de l'entrepreneur individuel non affectés à son activité professionnelle n'est pas de plein de droit. Celui-ci doit faire une déclarée notariée d'insaisissabilité, qui pour être opposable à ses créanciers, doit remplir certaines conditions. Au-delà des conditions de validité, la loi prévoit des conditions d'opposabilité sans lesquelles, les mesures protectrices visées dans la déclaration d'insaisissabilité ne peuvent être efficaces. Pour être valide, selon l'article L. 526-1 du code de commerce, la déclaration d'insaisissabilité doit être faite sous une forme authentique et pour qu'elle puisse être opposée aux créanciers, l'entrepreneur individuel doit satisfaire à certaines formalités de publicité.

Tout d'abord, le législateur prévoit la publication à la conservation des hypothèques pour assurer une pleine efficacité à la déclaration d'insaisissabilité⁵⁸⁸. La publication à la conservation des

⁵⁸⁸ Cette publicité doit se faire au bureau des hypothèques dans le ressort duquel se trouvent les biens déclarés insaisissables. Dans les départements d'Alsace et de Moselle, elle se fait au livre foncier.

hypothèques, selon l'article L. 526-2 du code de commerce doit être passée par un acte authentique⁵⁸⁹. Malgré son caractère formaliste, la publicité à la conservation des hypothèques a pour finalité l'opposabilité de la déclaration d'insaisissabilité aux créanciers « dont les droits naissent, postérieurement à la publication, à l'occasion de l'activité professionnelle du déclarant »⁵⁹⁰. Ainsi, cette mesure n'entraîne pas l'inaliénabilité des biens déclarés insaisissables. Elle n'empêche pas également les créanciers de prendre des hypothèques sur lesdits biens dans la mesure où l'insaisissabilité ne fait pas partie des événements pouvant interrompre l'inscription des sûretés prévus par l'article 2147 du Code civil. C'est la raison pour laquelle, la Cour de cassation est venue consacrer l'inscription d'une sûreté judiciaire conservatoire sur les biens déclarés insaisissables par un arrêt du 11 juin 2014. La Cour estime que les dispositions régissant la déclaration d'insaisissabilité doivent être envisagées de manière restreinte eu égard à leur caractère exceptionnel⁵⁹¹. Cependant, contrairement aux créanciers personnels de l'entrepreneur individuel les créanciers titulaires d'une inscription judiciaire n'ont qu'une sûreté réduite sans droit de préférence. Toutefois, leur droit de suite subsiste et, leur droit de préférence est simplement suspendu le temps que dure l'insaisissabilité.

Le législateur a ensuite prévu pour l'efficacité de la déclaration notariée sa publication par voie de registre ou par voie de presse. Lorsque l'entrepreneur individuel est immatriculé dans un registre de publicité légale, la déclaration doit y être mentionnée. S'il n'est pas soumis à l'immatriculation, la publicité se fait par insertion dans un journal d'annonces légales. À défaut, l'entrepreneur individuel ne peut se prévaloir de la déclaration d'insaisissabilité à l'égard de ses créanciers. Lorsqu'il exerce son activité professionnelle dans plusieurs lieux, la publicité de la déclaration devra se faire dans chacune des lieux où il exerce son activité. Le choix du lieu de l'exercice de l'activité professionnelle au détriment de la situation de l'immeuble lorsque l'entrepreneur individuel n'est pas tenu à l'immatriculation paraît plus judicieux car il permet aux créanciers d'avoir une meilleure connaissance de l'étendue de leur gage sur les biens de leur débiteur.

289. Ces mesures de publicité ne sont pas requises *ad validatem*. Leur méconnaissance par l'entrepreneur individuel n'entache pas la validité de la déclaration d'insaisissabilité. Elles permettent de rendre opposable la déclaration d'insaisissabilité aux créanciers postérieurs de l'entrepreneur individuel. Mais la finalité de la déclaration d'insaisissabilité étant de rendre insaisissable les biens

⁵⁸⁹ V. à cet effet O. Dufour, Le projet de loi « initiative économique » soulève la polémique, LPA 14 mars 2003, p. 4 ; J.-F. Humbert, Le système de la publicité foncière est à la fois le meilleur et le seul moyen de protéger tant le professionnel que les tiers, LPA 2 avr. 2003, p. 4.

⁵⁹⁰ Art. L. 526-1, C. com.

⁵⁹¹ Cass. com., 11 juin 2014, n° 13-13643, v. V. Legrand, Déclaration d'insaisissabilité contre hypothèque judiciaire : quelle efficacité ? BJE, 2014, n° 5, p. 305.

immobiliers de l'entrepreneur individuel, tant que ce dernier n'a pas procédé à l'accomplissement des formalités de publicité requises, les créanciers ne pourront se voir opposer l'insaisissabilité des biens visés par ce mécanisme.

2. Les effets de l'opposabilité de la déclaration d'insaisissabilité aux créanciers postérieurs

290. La finalité de la déclaration d'insaisissabilité est de permettre à l'entrepreneur individuel de soustraire ses biens immobiliers de la poursuite des créanciers postérieurs (a) même en cas de cession desdits biens (b).

a. Les effets à l'égard des créanciers

291. Aux termes de l'article L. 526-1 du code de commerce les créanciers subissant les effets de la déclaration d'insaisissabilité sont les créanciers postérieurs à la déclaration d'insaisissabilité et dont la créance est née dans le cadre de l'exercice de l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel. Or, nous avons vu que la qualité de créancier professionnel dépend de la nature de la créance dont est titulaire celui-ci. Celle-ci étant parfois difficile à déterminer en raison du caractère souvent mixte de certaines créances et de la qualité de certains créanciers. On pourrait penser que cette difficulté réside dans l'absence d'une définition légale de la notion de créanciers professionnels dans la loi de 2003, ni, d'ailleurs, dans celle de 2008.

Pourtant, cette lacune a été comblée par la Cour de cassation qui définit le créancier professionnel, aux termes des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation, comme étant « celui dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale »⁵⁹². Cependant, cette définition tirée des règles du droit du cautionnement doit-elle s'appliquer au mécanisme de la déclaration d'insaisissabilité ? L'arrêt de la Cour de cassation de 2009 qui définissait la notion de créancier professionnel se situait dans la logique d'une interprétation entre une vision minimaliste et une interprétation extensive sur le cautionnement exigé par les créanciers. En d'autres termes, il était question de savoir, dans cette hypothèse, si ce sont les établissements de crédit qui devaient être seulement considérés comme étant des créanciers professionnels ou, si tout cautionnement recueilli par un professionnel suffisait à qualifier la personne ayant demandé le cautionnement de créancier professionnel.

Or, ici, il s'agit plutôt de définir des critères d'identification qui permettent de qualifier le caractère professionnel de la créance afin de savoir si le créancier, quel que soit sa qualité

⁵⁹² Cass. Civ. 1^{re}, n° 08-15910 du 9 juillet 2009.

(établissement de crédit ou non) se verrait opposer la déclaration d'insaisissabilité. La formule de l'article L. 526-1 du code de commerce, selon une partie de la doctrine englobe toutes les dettes professionnelles de l'entrepreneur individuel, qu'elles soient d'origine contractuelle ou légale, dès lors qu'elles aient comme cause et pour finalité l'activité professionnelle du déclarant.

292. En revanche, bien qu'étant nées à l'occasion de l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel, les dettes professionnelles des créanciers antérieurs à la déclaration d'insaisissabilité n'entrent pas dans le champ d'application du mécanisme protecteur de la déclaration d'insaisissabilité. Seuls les créanciers postérieurs à cette déclaration subissent cette opposabilité. L'article L. 526-1 du code de commerce limite l'opposabilité de la déclaration d'insaisissabilité aux seuls créanciers dont les droits sont nés postérieurement à la déclaration d'insaisissabilité. Cependant, des difficultés peuvent surgir quant à la détermination du moment de la naissance de la créance. En droit des procédures collectives, l'article L. 621-32 du code de commerce parle de « créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture ». Doit-on en conclure que la créance est postérieure lorsqu'elle est née après la publicité de la déclaration d'insaisissabilité ? La réponse est certainement affirmative dans la mesure où le fait générateur de la dette et la date d'exigibilité sont postérieurs à la déclaration d'insaisissabilité. Mais qu'en est-il des dettes dont le fait générateur est antérieur et la date d'exigibilité postérieure à la déclaration d'insaisissabilité ? Doit-on tenir compte du fait générateur ou de la date d'exigibilité ? Une partie de la doctrine considère que « la date d'exigibilité de la créance est sans incidence, seule son fait générateur doit être pris compte »⁵⁹³.

b. Les effets en cas de cession du bien déclaré insaisissable

293. Malgré la déclaration notariée, l'entrepreneur individuel peut vendre ses biens déclarés insaisissables. Rappelons-le, l'insaisissabilité n'emporte pas l'inaliénabilité des biens déclarés insaisissables. Cette mesure a été prévue par le législateur, lorsqu'il énonce qu'« en cas de cession des droits immobiliers désignés dans la déclaration initiale, le prix obtenu demeure insaisissable à l'égard des créanciers dont les droits sont nés postérieurement à la publication de cette déclaration à l'occasion de l'activité professionnelle du déclarant, sous la condition du emploi dans un délai d'un an des sommes à l'acquisition par le déclarant d'un immeuble où est fixé sa résidence principale ».

Ainsi, l'entrepreneur individuel peut aliéner les droits immobiliers désignés dans la déclaration initiale. Toutefois, le prix obtenu de cette vente n'est insaisissable que sous la condition d'un emploi dans un délai d'un an. Par le mécanisme d'une subrogation réelle, l'insaisissabilité est reportée sur le prix de cession. Les créanciers de l'entrepreneur individuel ne pourront alors saisir cette somme, même si elle est versée sur un compte bancaire. En fait, le versement du prix de vente d'un bien sur

⁵⁹³ V. P.-M. Le Corre, Protection de l'entrepreneur individuel et déclaration d'insaisissabilité. À propos de la loi pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003, op. cit., p. 179 et s.

un compte bancaire demeure parfaitement saisissable, mais l'insaisissabilité résulte, ici, plus du caractère insaisissable des sommes versées que de l'insaisissabilité du compte bancaire. La loi précise que « les créances insaisissables dont le montant est versé sur un compte demeure insaisissables »⁵⁹⁴. L'insaisissabilité du prix de vente dure un an et son point de départ doit être apprécié par rapport au moment de la cession du bien. Si au terme de cette période le remploi n'a pas eu lieu l'insaisissabilité cesse. L'entrepreneur individuel doit, dès lors, utiliser le prix de vente pour l'acquisition d'une résidence principale dans le délai prévu. La loi ne vise cependant que l'acquisition d'une nouvelle résidence principale, ce qui laisse penser que si le fonds obtenu de la vente du bien insaisissable ont servi à l'acquisition d'un autre immeuble que la résidence principale, les créanciers pourront le saisir.

294. Toutefois, l'insaisissabilité du prix de cession du bien déclaré insaisissable ne peut être opposée aux créanciers dont la déclaration initiale était inopposable. Ces derniers peuvent exercer leurs droits sur le prix de vente suivant les règles du droit des procédures civiles d'exécution par voie de saisie-attribution au vendeur ou du tiers détenteur du prix de vente. Contrairement aux créanciers dont la déclaration d'insaisissabilité est opposable, leurs droits portent également sur le nouvel immeuble acquis par l'entrepreneur individuel. En revanche, si le prix de l'immeuble nouvellement acquis est inférieur à celui qui a été cédé, les créanciers dont la déclaration initiale était opposable peuvent saisir le reliquat.

La difficulté réside dans l'hypothèse où le prix d'acquisition du nouvel immeuble est supérieur à l'ancien. Certains auteurs pensent que l'insaisissabilité ne peut aller au-delà du remploi⁵⁹⁵. Or, une telle proposition suppose qu'une partie de l'immeuble soit insaisissable et que l'autre partie puisse être saisie par les créanciers professionnels. D'autres ont pensé que les créanciers dont la déclaration initiale était opposable ne peuvent saisir le nouvel immeuble. Ces derniers ne peuvent tout au plus que profiter de la saisie provoquée par les créanciers auxquels l'insaisissabilité n'était pas opposable pour prétendre à leurs droits sur la différence entre le prix de cession de l'ancien immeuble et le prix d'achat du nouvel immeuble⁵⁹⁶. De telles solutions ne peuvent prospérer dans la mesure où l'application de celles-ci fait échapper aux créanciers dont la déclaration initiale était opposable une partie de leur gage.

Juridiquement, la solution la plus simple mais la moins avantageuse pour l'entrepreneur individuel est de procéder à une nouvelle déclaration. Mais, dans ce cas l'insaisissabilité ne frappe plus les créanciers dont la déclaration initiale était opposable car leur créance est antérieure à la nouvelle

⁵⁹⁴ V. art. L.112-4, CPCE.

⁵⁹⁵ F. Vauvillé, La déclaration d'insaisissabilité, Defrénois, 15 oct. 2003, n° 19, p. 1197 et s.

⁵⁹⁶ P-M Le Corre, Protection de l'entrepreneur individuel et déclaration d'insaisissabilité. À propos de la loi pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003, op. cit., p. 179 et s.

déclaration. Seuls les créanciers postérieurs à celle-ci seront visés par l'insaisissabilité de l'immeuble nouvellement acquis. Cette solution bien qu'étant la plus simple, remet en cause l'efficacité de la déclaration d'insaisissabilité dans la mesure où elle réintègre dans le gage de certains créanciers un bien que le mécanisme protecteur de la déclaration notarié avait soustrait. C'est pour cette raison qu'il est préférable de maintenir l'opposabilité de la déclaration d'insaisissabilité à l'égard des créanciers dont la déclaration initiale était opposable même si le prix d'acquisition du nouvel immeuble est supérieur à l'ancien. Il est vrai que ces derniers perdent une partie de leur gage mais c'est un risque inhérent à la vie des affaires. Pour les créanciers antérieurs, l'immeuble reste toujours saisissable par eux.

§ 2. LE CANTONNEMENT DES DROITS DES CREANCIERS POSTERIEURS

295. Certains mécanismes de protection de l'entrepreneur individuel visent à réduire l'assiette des droits des créanciers postérieurs en cantonnant leurs poursuites sur un patrimoine bien déterminé. Ainsi, par le truchement des régimes matrimoniaux, l'entrepreneur individuel peut limiter le droit de gage des créanciers à son patrimoine personnel (B). L'affectation patrimoniale poursuit la même finalité en cantonnant les droits des créanciers postérieurs par le cloisonnement patrimonial institué (B).

A. Le cantonnement par l'affectation patrimoniale

296. La déclaration d'affectation présente toute son efficacité à l'égard des créanciers postérieurs. En effet, « c'est à l'égard des créanciers postérieurs à la déclaration d'affectation qu'apparaît l'originalité de tout le dispositif de la déclaration d'affectation »⁵⁹⁷. dérogeant aux articles 2284 et 2285 du Code civil, l'article L. 526-12 du code de commerce limite l'étendue des droits des créanciers professionnels et privés sur leurs patrimoines respectifs. En effet, « les créanciers auxquels la déclaration d'affectation est opposable et dont les droits sont nés à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté ont pour seul gage le patrimoine affecté ; les autres créanciers auxquels la déclaration est opposable ont pour seul gage général le patrimoine non affecté ». Sans nul doute, le législateur l'a parfaitement prévu tout comme l'a souligné la doctrine en qualifiant cette disposition de règle la plus importante du dispositif de l'EIRL « qui atteste sans aucun doute de l'idée d'universalité de droit et dont l'effectivité conditionnera le succès de l'EIRL »⁵⁹⁸.

⁵⁹⁷ F. Vauvillé, Commentaire de la loi du 15 juin 2010 relative à l'EIRL, Defrénois, 15 septembre 2010 n° 15, p. 1649 ; v. aussi, S. Piedelièvre, L'EIRL, Defrénois, 15 juillet 2010 n° 13, p. 1417 et s.

⁵⁹⁸ À ce propos, V. A-M. Leroyer, EIRL, RTD civ. 2010, p. 636.

297. Les créanciers, qu'ils soient professionnels ou personnels, auront pour seul gage général le patrimoine affecté ou le patrimoine privé selon la nature de leurs relations avec l'EIRL. La finalité et le sens de la délimitation de l'actif de l'entrepreneur individuel étant de limiter le gage de certains créanciers, leur droit s'exerce sur les biens compris dans la masse ainsi définie par l'EIRL à l'exclusion de tout autre bien. Cet effet négatif entraîne une sorte d'interdiction de porter leurs droits sur le patrimoine général⁵⁹⁹. La masse patrimoniale est affectée à certains créanciers, ce qui la différencie de l'insaisissabilité technique selon laquelle « le gage du créanciers porte sur l'universalité des biens du débiteur, mais l'on trace à l'intérieur de cette masse, une limite autour d'un bien particulier qui sera insaisissable »⁶⁰⁰. Le patrimoine d'affectation est ainsi une institution orientée vers la satisfaction des droits des créanciers et plus fondamentalement encore vers le paiement de leurs créances.

Cependant, cette restriction peut apparaître comme une diminution de l'étendue de leurs droits puisque l'assiette des biens accessibles se trouve réduite aux éléments contenus dans le patrimoine affecté. Car, cette institution peut facilement tourner en défaveur des créanciers. Si l'actif affecté est insuffisant pour honorer les engagements de l'EIRL, certaines dettes pourraient rester impayées. C'est en contrepartie de cette situation inconfortable pour les créanciers professionnels que la consistance du patrimoine d'affectation a été protégée non seulement contre les autres créanciers de l'EIRL, mais aussi contre les dérives de l'EIRL lui-même.

D'abord, envers les créanciers non professionnels postérieurs en ce sens que leurs droits sont cantonnés au seul patrimoine personnel sauf exception sur le bénéfice du dernier exercice clos en cas d'insuffisance du patrimoine personnel. Ensuite, à l'égard de l'EIRL, la protection du droit de gage des créanciers professionnels se traduit par l'obligation faite à ce dernier de respecter un ensemble de règles relatives à la constitution du patrimoine affecté. En effet, aux termes de l'article L.526-6 alinéa 2, en cas de fraude ou de manquement graves aux règles qui définissent le patrimoine d'affectation, l'entrepreneur individuel ne pourra plus opposer aux créanciers professionnels la séparation des patrimoines⁶⁰¹. Cette règle classique se retrouve en effet dans beaucoup de cas, pécule, bénéfice d'inventaire et même en droit des sociétés.

⁵⁹⁹ On retrouvait déjà cette technique d'affectation en droit romain avec l'action de peculio que les créanciers ayant contracté avec l'esclave exercent contre le maître dans la limite du pécule. V. Damien Viguiier, La protection du patrimoine personnel du chef d'entreprise (la déclaration d'insaisissabilité), D. 2009, p. 175-176.

⁶⁰⁰ V. D. Viguiier, La protection du patrimoine personnel du chef d'entreprise (la déclaration d'insaisissabilité), op. cit. p. 175-176.

⁶⁰¹ V. sur ce point, les développements dans le chapitre IV.

B. Le cantonnement des droits des créanciers par le jeu des régimes matrimoniaux

298. L'adoption du régime de la séparation au moment du mariage ou en cas de changement de régime matrimonial permet à l'entrepreneur individuel de cantonner les droits des créanciers sur ses biens personnels. Le régime de la séparation des biens est également applicable aux partenaires liés par un pacte civil de solidarité. Qu'il soit de plein droit appliqué au couple ou qu'il résulte de leur volonté, ou même judiciaire⁶⁰², le régime de la séparation des biens permet de protéger les biens propres du conjoint ou du partenaire de l'entrepreneur individuel. Les créanciers de ce dernier ne pourront à cet effet saisir ni les biens propres du conjoint ou du partenaire de l'entrepreneur. Ils ne peuvent non plus saisir sa part sur les biens indivis appartenant au couple. L'article 815-17 du Code dispose à cet effet que « les créanciers personnels d'un indivisaire ne peuvent saisir sa part dans les biens indivis, meubles ou immeubles »⁶⁰³.

Les droits des créanciers sont ainsi cantonnés sur les patrimoines respectifs de leur débiteur. Chacun des époux ou des partenaires reste seul tenu de ses dettes personnelles ou professionnelles. Toutefois, l'entrepreneur individuel est tenu solidairement avec son conjoint ou sa partenaire des dettes ménagères. A cet effet, ils sont solidairement responsables à l'égard des créanciers du ménage.

299. L'entrepreneur individuel est également tenu solidairement avec son conjoint des impositions du couple. Il existe « une solidarité fiscale pour toutes les impositions établies au nom du couple »⁶⁰⁴. Ainsi, « en cas de défaut de paiement de l'impôt, l'administration fiscale peut ainsi poursuivre n'importe lequel des membres du couple en paiement de la totalité de l'impôt à charge pour ce dernier de se retourner contre l'autre »⁶⁰⁵.

⁶⁰² Le conjoint de l'entrepreneur individuel peut également demander la séparation des biens judiciaire lorsque celui-ci fait une mauvaise gestion des biens communs.

⁶⁰³ Art. 815-17, al. 2, C. civ.

⁶⁰⁴ M. Gamet, Mariage : Les atouts méconnus du régime de la séparation des biens, 29 nov. 2012, www.lemonde.fr

⁶⁰⁵ Ibid.

CHAPITRE II.

L'EFFICACITE DE LA LIMITATION DES DROITS DES CREANCIERS PAR LES MECANISMES DE PROTECTION

300. La finalité des mécanismes de protection de l'entrepreneur individuel est de limiter le droit de gage des créanciers en soustrayant certains biens à leurs poursuites ou en les cantonnant dans un patrimoine bien déterminé. Cette limitation, comme nous l'avons rappelé vise à réduire le risque entrepreneurial en mettant à l'abri les biens personnels et familiaux de l'entrepreneur individuel hors de la portée des créanciers professionnels. Cependant ce résultat n'est pas facile à atteindre tant les conditions imposées à l'entrepreneur individuel sont nombreuses et variées. Certaines sont liées à l'efficacité du dispositif qui ne pourra être opposable aux créanciers que lorsque certaines formalités sont respectées. Ainsi, la violation de ces formalités entraîne une remise en cause de l'efficacité des mécanismes de protection. De même, la protection de l'entrepreneur individuel peut être remise en cause par la faculté de renonciation de ce dernier.

301. De même, dans le souci de trouver un compromis entre la préservation des droits de certains créanciers et le souci de protéger l'entrepreneur individuel des risques de son activité professionnelle, le législateur admet l'inopposabilité des mécanismes de protection à l'égard de ces créanciers lorsque certaines situations se présentent.

Dès lors, on constate que l'efficacité recherchée dans la mise en œuvre des mécanismes de protection est limitée (section 1) lorsqu'elle n'est pas remise en cause par les manquements de l'entrepreneur individuel ou l'exercice de son droit de renonciation (section 2).

SECTION I.

UNE EFFICACITE LIMITEE

302. La mise en œuvre des mécanismes de protection dans le respect des formalités de constitution devait avoir pour effet de rendre ceux-ci opposables à tous les créanciers afin jouer pleinement leurs rôles. Cependant, la loi admet l'inopposabilité des mécanismes de protection de protection à l'égard de certains créanciers (Paragraphe 1) et permet à d'autres le droit de poursuivre leurs droits sur des biens qui normalement ne font plus partie de leur droit de gage (Paragraphe 2).

§ 1. L'INOPPOSABILITE DES MECANISMES DE PROTECTION A L'EGARD DE CERTAINS CREANCIERS DE L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL

303. L'opposabilité est une condition *sine qua none* de l'efficacité d'un mécanisme de protection qui a pour finalité de limiter les droits des créanciers. La loi ne prévoit pas l'opposition des créanciers antérieurs au contrat de fiducie. Cependant, l'affectation fiduciaire est inopposable aux créanciers titulaires d'un droit de suite sur un bien affecté (A). Mais, leur droit de poursuite est uniquement limité au seul bien objet de leur garantie, contrairement aux créanciers antérieurs dont l'affectation patrimoniale est inopposable (B).

A. L'inopposabilité de l'affectation fiduciaire aux créanciers titulaires d'un droit de suite

304. L'alinéa 1 de l'article 2025 du Code civil consacre l'inopposabilité de l'affectation fiduciaire aux créanciers dont l'affectation a été faite en fraude de leurs droits et aux créanciers qui sont titulaires de sûretés réelles sur les biens affectés dans le patrimoine fiduciaire. Aux termes de l'article 2025 du Code civil, « sans préjudice des droits des créanciers du constituant titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie et hors les cas de fraude aux droits des créanciers du constituant, le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine »⁶⁰⁶. Les créanciers disposant d'un droit de suite attaché à un bien transféré dans le patrimoine peuvent exercer leurs droits sur ce bien malgré l'affectation intervenue.

A l'égard des créanciers antérieurs qui bénéficient d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement à l'affectation, le cloisonnement intervenu à la suite de l'affectation fiduciaire est également inopposable. L'affectation fiduciaire ne fait pas écran entre le patrimoine du constituant et

⁶⁰⁶ Art. 2025, al. 1, C. civ.

le patrimoine fiduciaire relativement au droit de poursuite des créanciers ayant des privilèges ou une hypothèque sur un immeuble transféré dans le patrimoine fiduciaire. Sur le fondement de l'article 2461 du Code civil, ces créanciers peuvent suivre, les biens sur lesquels ils ont un privilège ou une hypothèque, en quelques mains qu'ils passent pour être payé suivant l'ordre de leurs créances ou inscriptions.

Le droit de suite étant un droit réel opposable à tous, notamment aux acquéreurs de bonne foi⁶⁰⁷, l'affectation fiduciaire ne saurait remettre en cause son efficacité. Toutefois, la sûreté doit être publiée avant la conclusion du contrat de fiducie pour que le droit de suite du créancier puisse jouer pleinement. La date d'opposabilité du contrat de fiducie à l'égard des tiers est celle de sa conclusion et non celle de son enregistrement. Le contrat de fiducie est opposable de plein droit aux créanciers de l'entrepreneur individuel dès sa conclusion. A cet effet, la loi ne conditionne pas l'opposabilité de l'affectation fiduciaire à son enregistrement qui n'est requis qu'*ad validatem*⁶⁰⁸. Ainsi, les créanciers titulaires de sûretés publiées entre le moment de la conclusion et celui de l'enregistrement ne peuvent pas prétendre à l'exercice de leur droit de suite sur le bien transféré dans le patrimoine fiduciaire. D'ailleurs, l'article 2025, alinéa 1 du Code civil précise clairement que pour exercer son droit de suite sur le bien transféré dans le patrimoine fiduciaire, le créancier doit être titulaire « d'une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie » et non à son enregistrement.

305. Dès lors, nous constatons que l'efficacité de l'affectation fiduciaire comme mécanisme de protection du patrimoine de l'entrepreneur individuel n'est pas absolu. Les biens transférés dans le patrimoine fiduciaire ne sont pas à l'abri des créanciers de l'entrepreneur individuel dans la mesure où ils peuvent être saisis non seulement par les créanciers fiduciaires mais également par certains créanciers personnels du constituant. Cette possibilité de poursuivre le bien attaché d'une sûreté réelle est un gage de protection des droits des créanciers privilégiés mais elle remet en cause l'efficacité du dispositif. N'était-il pas préférable de permettre aux créanciers du constituant de s'opposer à l'affectation fiduciaire lorsque leurs intérêts sont menacés comme c'est le cas pour les créanciers de l'entrepreneur individuel qui décide de procéder à une déclaration d'affectation ? Ainsi, les créanciers suivront le même régime auquel sont soumis les créanciers de l'EIRL. L'efficacité de

⁶⁰⁷ Civ., 3^{ème}, 6 nov., 2002, Bull. civ. III, n° 109.

⁶⁰⁸ L'art. 2019, C. civ. précise les conditions d'enregistrement du contrat de fiducie. Aux termes de cette disposition « à peine de nullité, le contrat de fiducie et ses avenants sont enregistrés dans le délai d'un mois à compter de leur date au service des impôts du siège du fiduciaire ou au service des impôts des non-résidents si le fiduciaire n'est pas domicilié en France.

Lorsqu'ils portent sur des immeubles ou des droits réels immobiliers, ils sont, sous la même sanction, publiés dans les conditions prévues aux articles 647 et 657 du code général des impôts.

La transmission des droits résultant du contrat de fiducie et, si le bénéficiaire n'est pas désigné dans le contrat de fiducie, sa désignation ultérieure doivent, à peine de nullité, donner lieu à un acte écrit enregistré dans les mêmes conditions.

l'affectation fiduciaire en serait moins atteinte. Car, permettre au constituant d'isoler une partie importante de son patrimoine, quel qu'en soit l'objectif poursuivi, n'est efficace que si ce cloisonnement ne peut être remis en cause immédiatement par les créanciers à l'égard de qui il est censé être opposé. Certes, toutes les créanciers antérieurs du constituant ne seront pas titulaires d'un droit de suite. Cependant, ce droit est attaché à une sûreté qui porte sur les biens immobiliers contenus dans le patrimoine fiduciaire, c'est-à-dire, en principe sur les éléments les plus importants de ce patrimoine. Ce qui *in fine* remet en cause la consistance du patrimoine fiduciaire, notamment si celui-ci est composé en grande partie de biens immobiliers. L'affectation fiduciaire devient ainsi inefficace car les biens transférés dans le patrimoine fiduciaire ne seront pas véritablement soustraits au gage des créanciers antérieurs.

306. Il aurait ainsi été préférable d'organiser un régime d'opposition des créanciers antérieurs à l'affectation fiduciaire pour préserver l'efficacité de ce mécanisme à l'égard de tous les créanciers. Ainsi, les créanciers pourront faire opposition de cette affectation, comme pour l'affectation patrimoniale, et il appartiendra au juge compétent de vérifier la portée de celle-ci à l'égard des droits des créanciers.

B. L'inopposabilité de l'affectation patrimoniale aux créanciers dont l'opposition est admise

307. L'efficacité de l'affectation patrimoniale peut être remise en cause par son inopposabilité à l'égard des créanciers postérieurs. L'objectif recherché par l'entrepreneur individuel en optant pour le statut de l'EIRL est de protéger son patrimoine personnel. Mais, comme nous l'avons vu, la mise en place de cette protection nécessite un certain nombre d'obligations, notamment celui d'informer les créanciers antérieurs de leur droit de s'opposer à la déclaration d'affectation. Lorsqu'à la suite de l'opposition des créanciers antérieurs, le juge leur reconnaît le bien fondé de celle-ci, la déclaration d'insaisissabilité n'aura aucun effet à leur égard. La déclaration leur est inopposable, c'est comme si à leur égard l'entrepreneur individuel n'a jamais procédé à la scission de son patrimoine. Ils pourront saisir n'importe lequel des biens contenus dans le patrimoine affecté ou non affecté. A l'égard de ces créanciers, la divisibilité du patrimoine de l'EIRL n'opère pas.

Par conséquent, cette possibilité offerte aux créanciers dont la déclaration est inopposable crée une rupture d'égalité entre les créanciers de l'EIRL. Les créanciers dont la déclaration d'affectation est inopposable conserve leur droit de gage général sur l'ensemble des biens de l'entrepreneur individuel tandis que les autres créanciers sont cantonnés sur une assiette réduite. Le projet de loi sur l'EIRL avait prévu l'opposabilité de plein droit de l'affectation patrimoniale à tous les créanciers antérieurs. Mais, au nom de la protection des droits des créanciers, le Conseil constitutionnel avait déclaré cette mesure anticonstitutionnelle et exigé que les créanciers puissent s'opposer à cette déclaration dès l'instant que celle-ci porte atteinte à leurs droits.

308. Tout comme la fiducie, l'inopposabilité de l'affectation patrimoniale à certains créanciers antérieurs remet en cause l'efficacité du mécanisme. L'objectif visé par le législateur était de mettre à l'abri de la poursuite des créanciers professionnels le patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel. La finalité du statut de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée était de limiter le risque entrepreneurial. Or, la possibilité de l'existence de créanciers à qui la déclaration d'affectation patrimoniale n'est pas opposable remet en cause l'objectif poursuivi. A cet effet, l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée peut avoir des créanciers professionnels qui peuvent poursuivre ses biens personnels et inversement des créanciers personnels qui accéderont au patrimoine professionnel. Le cloisonnement tant voulu et espéré sera « tué dans l'œuf » avant même que l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée ne soit confronté à la complexité de l'affectation patrimoniale.

L'idéal aurait été de cantonner chaque créancier dans un patrimoine déterminé pour assurer l'efficacité de ce mécanisme. Le changement de statut par l'entrepreneur individuel au cours de son activité professionnelle⁶⁰⁹ entraînera probablement l'opposition des créanciers antérieurs qui y verront la réduction de l'assiette de leur gage. Et, si l'entrepreneur individuel n'est pas en mesure de leur offrir des garanties de paiement suffisantes ou de les désintéresser, l'affectation n'aura aucun effet à leur égard, ni même au regard de sa finalité. A cet effet, il est préférable pour l'entrepreneur individuel de procéder à la déclaration d'affectation au début de son activité professionnelle. Ainsi, tous les créanciers seront des créanciers postérieurs à l'égard de qui la déclaration d'affectation jouera pleinement.

§ 2. L'EXTENSION DU DROIT DE GAGE DE CERTAINS CREANCIERS AU-DELA DES MECANISMES DE PROTECTION

309. L'absence de cloisonnement étanche entre les différents patrimoines de constitués par l'entrepreneur individuel entraîne la fragilité des mécanismes de protection. L'extension du droit de gage des créanciers fiduciaires sur le patrimoine fiduciaire remet en cause l'efficacité de la fiducie qui pourtant institue un véritable patrimoine d'affectation (A). L'affectation patrimoniale subit également cette même fragilité dans la mesure où le cloisonnement des patrimoines est remis en cause au profit des créanciers personnels de l'EIRL (B).

⁶⁰⁹ Tout comme le changement de régime matrimonial.

A. L'extension du gage des créanciers fiduciaires sur le patrimoine de l'entrepreneur individuel

310. La loi permet aux créanciers dont la créance est née de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire d'étendre leurs poursuites sur les biens contenus dans le patrimoine de l'entrepreneur individuel en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire. Le patrimoine fiduciaire n'est pas totalement à l'abri de la poursuite des créanciers postérieurs. Il peut être saisi par certains créanciers. L'article 2025 du Code civil nous informe que les créanciers dont la créance est née de la gestion ou de la conservation des biens transférés dans le patrimoine fiduciaire peuvent saisir les biens transférés⁶¹⁰. Ainsi, le principe posé par l'alinéa 1^{er} de l'article 2025 du Code civil limite la saisissabilité des biens contenus dans le patrimoine fiduciaire aux seuls créanciers dont la créance est née de la conservation ou la gestion du patrimoine fiduciaire⁶¹¹.

En cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire pour les désintéresser, l'article 2025 du Code civil permet aux créanciers d'étendre leurs poursuites sur le patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel. L'entrepreneur individuel devient indéfiniment responsable des dettes nées du patrimoine fiduciaire. Ainsi, le législateur rétablit l'unité du patrimoine pour ces seuls créanciers. Toutefois, le recours des créanciers à l'égard de l'entrepreneur individuel est subsidiaire car elle ne peut intervenir que lorsque le patrimoine du fiduciaire est insuffisant à les désintéresser et si le contrat ne met pas le règlement du passif à la charge du fiduciaire. Ce droit de gage subsidiaire accordé aux créanciers fiduciaires remet ainsi en cause le cloisonnement instauré par l'affectation fiduciaire. L'article 2025 du Code civil dispose que « en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ces créanciers (...) »⁶¹². Ainsi, en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, les créanciers fiduciaires retrouvent leur droit de gage étendu au patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel. Le cloisonnement patrimonial devient inopposable à leur égard, ce qui porte atteinte au droit de gage des créanciers personnels de l'entrepreneur individuel qui voient leur assiette réduite. Le législateur aurait pu prévoir la réciproque, c'est-à-dire que les créanciers personnels puissent avoir la même possibilité de saisir les biens contenus dans le

⁶¹⁰ Aux termes de l'art. 2025, al. 1, « (...) le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine ».

⁶¹¹ La loi établit ainsi une distinction entre les créanciers du patrimoine fiduciaire et les créanciers personnels du constituant analogue à la distinction posée par l'article 815-17 du Code civil relative aux biens indivis. En effet, tout comme les créanciers du constituant à l'égard du patrimoine fiduciaire, les créanciers personnel de l'indivisaire ne peuvent ni saisir la part indivise de leur débiteur, ni prendre des mesures ayant pour finalité de rendre indisponible cette part. Toutefois, les deux dispositions diffèrent au niveau de l'exercice des droits des créanciers sur le patrimoine de l'entrepreneur individuel. En effet, les créanciers de l'indivisaire peuvent provoquer le partage au nom de leur débiteur ou intervenir dans le partage provoqué par lui. Tandis que les créanciers fiduciaires ne peuvent prétendre au patrimoine du constituant qu'en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire.

⁶¹² Art. 2025, al.2, C. civ.

patrimoine fiduciaire en cas d'insuffisance du patrimoine personnel. Ceci, d'autant plus que dans le cas de la fiducie-gestion les biens ont vocation à réintégrer le patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel. Certes, cela aurait pu entacher l'efficacité du dispositif, mais l'efficacité du transfert fiduciaire n'est-elle pas remise en cause par cette possibilité offerte aux créanciers fiduciaires d'étendre leurs poursuites sur le patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel ?

311. Cependant, pour réduire les risques d'une telle extension de l'assiette du droit de gage des créanciers fiduciaires, le législateur prévoit la possibilité pour le constituant de limiter les droits des créanciers sur le seul patrimoine fiduciaire. Le contrat peut prévoir que le passif du patrimoine fiduciaire sera supporté par le fiduciaire. L'article 2025, alinéa 2 du Code civil précise que le patrimoine personnel répond de l'insuffisance du patrimoine fiduciaire « sauf stipulation contraire du contrat de fiducie mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire ». Toutefois, il nous semble peu probable que le fiduciaire, en tant que professionnel, accepte de supporter l'insuffisance du patrimoine fiduciaire.

A défaut de faire supporter le passif du patrimoine fiduciaire au fiduciaire, « le contrat de fiducie peut également limiter l'obligation au passif fiduciaire au seul patrimoine fiduciaire »⁶¹³. Les créanciers fiduciaires ne pourront étendre leurs poursuites sur le patrimoine de l'entrepreneur individuel, ni sur celui du fiduciaire en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire. Dès lors, ils supporteront l'insuffisance et le cloisonnement voulu par l'entrepreneur individuel serait alors étanche. Chaque créancier sera cantonné sur le patrimoine qui lui est dévolu. Mais, la gravité des effets d'une telle clause à l'égard des créanciers fiduciaires conduit le législateur à prévoir qu'« une telle clause n'est opposable qu'aux créanciers qui l'ont expressément acceptée ». Dans l'hypothèse d'une acceptation, la corrélation entre l'actif et le passif fiduciaire est respectée et le passif fiduciaire ne sera épongé qu'à la hauteur de l'actif fiduciaire. En cas de refus, ils pourront exercer leurs poursuites sur le patrimoine de l'entrepreneur individuel ou sur le patrimoine du fiduciaire si le contrat met à la charge de ce dernier le règlement du passif fiduciaire. Cette disposition vise en réalité la protection des créanciers fiduciaires dans la mesure où elle leur confère un droit de gage général sur le patrimoine du constituant ou du fiduciaire, quoique subsidiaire⁶¹⁴. Ce qui semble peu probable pour les créanciers fiduciaires. En effet, le ou les créanciers fiduciaires qui accepteraient une telle clause réduiraient l'assiette de leur droit de gage en renonçant aux dispositions favorables de l'article 2025 du Code civil, ce qui est inconcevable de la part des créanciers.

Le contrat peut également prévoir une somme au-delà de laquelle le fiduciaire doit requérir l'autorisation de l'entrepreneur individuel pour augmenter le passif fiduciaire. Il est vrai qu'un tel

⁶¹³ Art. 2025, al. 3, C. civ.

⁶¹⁴ V. M. Grimaldi, *Théorie du patrimoine et fiducie*, RDLC, déc. 2010, p. 75.

aménagement contractuel permet à l'entrepreneur individuel de maîtriser le risque d'exposition de son propre patrimoine à l'égard des créanciers, mais il n'en demeure pas moins qu'il restera toujours soumis à l'obligation de combler le passif du patrimoine fiduciaire, à moins qu'il n'ait recours à la règle prévue par l'article 2025 du Code civil.

B. L'extension du gage des créanciers personnels sur le patrimoine affecté

312. Au-delà de leur droit de gage général portant sur le patrimoine non affecté, les créanciers personnels de l'EIRL peuvent exercer leurs poursuites sur une partie du patrimoine affecté. L'article L. 526-11 du code de commerce dispose qu'« en cas d'insuffisance du patrimoine non affecté, le droit de gage des créanciers mentionnés au 2^o du présent article peut s'exercer sur le bénéfice réalisé par l'EIRL lors du dernier exercice clos ». Afin d'éviter que les créanciers personnels ne supportent l'insuffisance du patrimoine non affecté, le législateur leur accorde la possibilité de saisir une partie du patrimoine affecté à savoir le bénéfice réalisé par l'EIRL sur le dernier exercice clos. Le droit de gage des créanciers personnels porte non seulement sur les actifs existants dans le patrimoine non affecté mais également sur une partie des actifs contenus dans le patrimoine affecté, c'est-à-dire sur ses « revenus » en somme.

Cependant, cette extension du droit des créanciers sur le patrimoine professionnel soulève quelques difficultés compte tenu de l'imprécision de la formule de l'article L. 526-11 du code de commerce. Ledit article fonde l'extension du droit des créanciers personnels sur la saisissabilité du bénéfice réalisé par l'EIRL lors du dernier exercice clos. Or, bien que la règle soit destinée à éviter l'organisation de l'insolvabilité du débiteur sur le plan personnel, elle reste discutable sur le plan économique. En effet, au regard des besoins de l'activité de l'EIRL et de la logique des règles applicables à toutes les entités économiques, le maintien des bénéfices dans le patrimoine professionnel favorise sa bonne santé et par ricochet son succès.

313. Par ailleurs, la technicité même d'une telle opération de saisie peut soulever des questions qu'il faudrait au préalable résoudre. La comptabilité de l'EIRL telle que définie par les dispositions L. 526-13 et L. 526-14 du code de commerce est une comptabilité d'engagement et non une comptabilité de caisse. Ce qui risque d'entraîner un décalage entre l'affichage d'un résultat positif et l'existence d'une trésorerie existante. Des difficultés peuvent alors surgir si le bénéfice ainsi comptabilisé ne se traduit pas par une trésorerie correspondante. Également, qu'en sera-t-il lorsque le bénéfice réalisé par l'EIRL était insuffisant pour désintéresser tous les créanciers personnels ? Devrait-on admettre qu'une partie des créanciers soit désintéressé et le reliquat reporté l'année suivante sur les bénéfices réalisés ? Toutes ces interrogations montrent la complexité d'un tel dispositif.

La notion de « bénéfice » également choisie pour qualifier l'assiette sur laquelle s'exerce l'extension des droits des créanciers personnels est également imprécise. Terminologiquement, le

terme « bénéfice » n'a pas de signification précise dans le dispositif de l'EIRL⁶¹⁵. Ne faudrait-il pas plutôt employé le terme de « revenus » qui serait plutôt plus adapté compte tenu de la nature de la scission opérée au sein du patrimoine de l'EIRL et en l'absence d'une véritable comptabilité de caisse justifiée par l'inexistence d'une personne morale ?

En outre, l'extension des droits des créanciers personnels sur les bénéfices du dernier exercice clos signifie-t-elle que l'EIRL ne peut pas s'opposer à ce transfert de tout ou partie des bénéfices réalisés du patrimoine professionnel vers le patrimoine privé ? La réponse est encore plus douteuse que la règle en elle-même. Bien que discutable dans son essence et dans son principe, les créanciers personnels se voient octroyer la possibilité d'étendre leurs droits de gage en saisissant les bénéfices du patrimoine affecté, ce qui leur donne à certains égards un avantage considérable sur les autres créanciers.

⁶¹⁵ V. à ce propos S. Schiller, L'EIRL et les créanciers, Dr. et patr. n° 202, avril 2011, p. 60.

SECTION II.

UNE EFFICACITE REMISE EN CAUSE

314. L'efficacité des mécanismes de protection de l'entrepreneur individuel passe par le respect des conditions de mise en œuvre de ces mécanismes. Au regard des atteintes qu'ils portent aux droits des créanciers, le législateur encadre strictement leur mise en œuvre en imposant à l'entrepreneur individuel des formalités de constitution dont la violation entraîne la remise en cause de leur efficacité (Paragraphe 2). Cependant, la remise en cause de l'efficacité des mécanismes de protection peut découler dans certaines situations de la volonté de l'entrepreneur individuel (Paragraphe 2).

§ 1. LA REMISE EN CAUSE DE L'EFFICACITE DES MECANISMES DE PROTECTION PAR LA RENONCIATION

315. Les mécanismes de protection sont des outils mis à la disposition de l'entrepreneur individuel qui veut limiter les risques de son activité professionnelle. Ils n'ont aucun caractère obligatoire. A cet effet, la loi prévoit la faculté pour l'entrepreneur individuel de renoncer à la déclaration d'insaisissabilité (A) ou à l'affectation patrimoniale (B).

A. La remise en cause de l'efficacité de la déclaration d'insaisissabilité

316. Aux termes de l'article L. 526-3 alinéa 4 du code de commerce, l'entrepreneur individuel peut à tout moment renoncer à la déclaration d'insaisissabilité. Ainsi, « la déclaration peut, à tout moment, faire l'objet d'une renonciation soumise aux mêmes conditions de validité et d'opposabilité. La renonciation peut porter sur tout ou partie des biens ; elle peut être faite au bénéfice d'un ou plusieurs créanciers mentionnés à l'article L. 526-1 désignés par l'acte authentique de renonciation. Lorsque le bénéficiaire de cette renonciation cède sa créance, le cessionnaire peut se prévaloir de celle-ci ». Dès lors, la renonciation peut être faite au profit de tous les créanciers ou seulement au profit de l'un d'entre eux. Cette possibilité offerte à l'entrepreneur individuel de renoncer à tout moment à la déclaration notariée d'insaisissabilité remet en cause l'efficacité du mécanisme car elle peut permettre aux créanciers postérieurs, notamment les établissements bancaires d'exiger de ce dernier de renoncer à leur faveur à la déclaration d'insaisissabilité. Ce qui, selon certain auteur « pourrait aboutir à la ruine du dispositif »⁶¹⁶.

⁶¹⁶ P.-M. Le Corre, Protection de l'entrepreneur individuel et déclaration d'insaisissabilité, op. cit., p. 179 et s.

Le parallélisme des formes oblige, le législateur soumet la validité et l'opposabilité de la renonciation à la déclaration d'insaisissabilité aux mêmes conditions de publicité de la déclaration initiale. L'article L. 526-3 précise que la renonciation doit être faite par acte authentique. Elle ne peut dès lors jouer que lorsque toutes les mesures de publicité requises lors de la déclaration initiale soient effectuées. Une partie de la doctrine s'est demandée quelle était la portée de la renonciation ? Autrement dit, si la renonciation telle qu'elle avait été prévue par la loi de 2003 permettait-elle d'effectuer des renonciations *in favorem*. La majorité des auteurs à l'époque avait émis une réponse négative dans ce sens puisqu'une telle appréciation ne répondait pas aux intérêts de l'entrepreneur individuel et était contraire à l'objectif poursuivi par le législateur.

Avec la loi de 2008 sur la modernisation de l'économie, le législateur est venu mettre fin à ce doute en clarifiant la portée de l'article L. 526-3. L'entrepreneur individuel peut renoncer à l'affectation en faveur d'un ou de plusieurs créanciers. La renonciation peut également porter sur tout ou une partie des biens déclarés insaisissables. Lorsqu'elle est totale, les articles 2284 et 2285 du Code civil reprennent leur emprise sur le patrimoine de l'entrepreneur individuel. Les créanciers professionnels retrouvent ainsi leur droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur. Cependant, lorsque la renonciation ne porte que sur une partie des biens déclarés insaisissables, les droits des créanciers s'étendent aux biens sur les immeubles visés par la renonciation. Cette situation crée une inégalité entre les créanciers professionnels de l'entrepreneur individuel. Certains créanciers auront ainsi un droit de gage plus étendu sur le patrimoine de l'entrepreneur individuel que les créanciers à qui la déclaration d'insaisissabilité est opposable. Il en est du cessionnaire lorsqu'il a acquis sa créance à l'égard d'un créancier professionnel dont la renonciation profite. En effet, la renonciation profite également, en cas de cession de créance, au cessionnaire. Ainsi, la renonciation devient l'accessoire de la créance par le truchement de l'article 1692 du Code civil qui dispose que « la vente ou cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que la caution, privilèges et hypothèque ».

317. Cette faculté de renonciation modifie considérablement la portée initiale de la déclaration d'insaisissabilité. L'objectif visé par la loi de 2003 était de protéger le patrimoine personnel immobilier de l'entrepreneur individuel, la modification intervenue en 2008 permet à ce dernier « de créer une hiérarchie entre les créanciers professionnels »⁶¹⁷. En plus, la renonciation risque de constituer un moyen pour certains créanciers professionnels, notamment les banques d'obtenir des privilèges indirects sur les immeubles de leur débiteur. En effet, rien n'interdit aux établissements de crédit d'imposer aux entrepreneurs individuels qui sollicitent des crédits de déclarer insaisissable leur patrimoine immobilier et par la suite la suite d'effectuer une renonciation *in favorem* à leur profit. A

⁶¹⁷ S. Piedelièvre, Le nouveau droit de l'insaisissabilité, op. cit., p. 2245 et s.

l'inverse, l'entrepreneur individuel peut également en faire un outil de garantie à l'égard de ses créanciers. Contrairement à la volonté du législateur, de telles solutions ne sont pas satisfaisantes. L'objectif du mécanisme de la déclaration d'insaisissabilité est la protection du patrimoine privé de l'entrepreneur individuel, pour ne pas dire son patrimoine immobilier personnel. Elle ne doit pas servir de mécanisme de mobilisation de crédit. Les mêmes causes qui ont conduit à la fragilité de l'EURL, notamment le recours à la caution du dirigeant de la société pour contourner l'écran sociétal, ne doivent pas remettre en cause l'efficacité de la déclaration notariée d'insaisissabilité.

B. La remise en cause de l'efficacité de l'affectation patrimoniale

318. L'EURL dispose de la faculté de renoncer à l'affectation patrimoniale (1). Toutefois se pose la question de savoir si cette faculté de renonciation peut être faite la constitution de sûretés sur le patrimoine non affecté (2).

1. La renonciation à l'affectation patrimoniale

319. La renonciation à l'affectation patrimoine produit des effets à l'égard de tous les créanciers de l'EURL (a). Se pose néanmoins la question de la renonciation de l'affectation patrimoniale à l'égard de certains créanciers seulement (b).

a. La renonciation à l'égard de tous les créanciers

320. Comme en matière de déclaration d'insaisissabilité, le législateur a également prévu la possibilité pour l'EURL de renoncer à l'affectation patrimoniale. Cette possibilité est prévue par l'article L. 526-15 du code de commerce qui dispose qu'en cas de renonciation par l'entrepreneur individuel, la déclaration cesse de produire tous ses effets. La faculté de renoncer à l'affectation patrimoniale est un corollaire de la liberté d'entreprendre. En effet, tout entrepreneur individuel est libre d'exercer toute activité professionnelle, sous réserve de certaines conditions inhérentes à celles-ci. Il semble logique que celui-ci puisse avoir la possibilité de sortir du statut dans lequel, il s'était volontairement placé pour l'exercice de son activité.

L'EURL peut ainsi renoncer à l'affectation tout en poursuivant son activité professionnelle. Dans cette hypothèse, les articles 2284 et 2285 du Code civil reprennent leur emprise sur le patrimoine de l'entrepreneur individuel. Tout le patrimoine de l'EURL devient le gage général des créanciers dont les droits sont nés antérieurement à la renonciation⁶¹⁸. En d'autres termes, les créanciers personnels et professionnels retrouvent leurs droits sur tous les biens de l'entrepreneur individuel de l'EURL. Tous les créanciers antérieurs, qu'ils soient des créanciers professionnels ou des créanciers

⁶¹⁸ V. à ce propos, C. Hunk, *Des patrimoines et des hommes*, Dr. et patr., fév. 2012, n° 211 ; D. Legeais, *le gage des créanciers dans l'EURL*, Defrénois, 2011, p. 560.

domestiques, sont soumis aux effets de la renonciation⁶¹⁹. Cette faculté de renonciation peut s'exercer à tout moment. Toutefois, lorsque la renonciation est concomitante avec la cessation d'activité de l'EIRL, les créanciers conservent leurs gages respectifs. En effet, les créanciers professionnels et domestiques « conservent pour seul gage général celui qui était le leur au moment de la renonciation »⁶²⁰. Ainsi, l'affectation patrimoniale est maintenue entre les créanciers de l'EIRL qui sont antérieurs à la mention de la renonciation.

321. Cependant, l'EIRL ne peut renoncer à l'affectation lorsqu'il est en cessation des paiements. L'article L. 680-6 alinéa 1 du code de commerce dispose que « le jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire emporte, de plein droit, jusqu'à la clôture de la procédure ou, le cas échéant, jusqu'à la fin des opérations du plan, interdiction pour tout débiteur d'affecter à une activité professionnelle un bien compris dans le patrimoine visé par la procédure ou, sous réserve du versement des revenus mentionnés à l'article L. 526-18, de modifier l'affectation d'un tel bien, lorsqu'il en résulterait une diminution de l'actif de ce patrimoine ». Les créanciers de l'EIRL, le ministère public ou toute personne intéressée, peuvent dès lors, en cas de renonciation à la partition des patrimoines de l'EIRL pendant la période de cessation des paiements, demander son annulation dans un délai de trois ans à partir de sa date⁶²¹.

322. En dehors de cette hypothèse, la renonciation est libre, mais elle reste encadrée puisque le législateur exige certaines formalités pour qu'elle soit effective. A cet effet, l'EIRL doit mentionner la renonciation au registre où a été faite la déclaration initiale.

b. La renonciation à l'égard de certains créanciers

323. Certains auteurs se sont interrogés sur la possibilité pour l'entrepreneur individuel de renoncer à l'affectation au profit d'un ou de plusieurs créanciers. Contrairement, à la déclaration d'insaisissabilité, le législateur n'a pas clairement énoncé cette possibilité dans la rédaction de l'article L. 526-15 du code de commerce. Toutefois, une interprétation large de ladite disposition peut permettre d'en déduire que l'entrepreneur individuel peut remettre en cause l'affectation patrimoniale au profit de certains de ses créanciers. Cependant, d'autres auteurs ne partagent pas ce point de vue puisque, selon eux, la renonciation *in favorem* est contraire à l'esprit de la loi du 15 juin 2010 et donc « incompatible avec l'affectation patrimoniale »⁶²². L'institution du patrimoine

⁶¹⁹ B. Saintourens, L'EIRL, Rev. soc., sept. 2010, n° 56.

⁶²⁰ Art. L. 526-15, al. 1, C. com.

⁶²¹ Art. L. 680-6, al. 2, C. com.

⁶²² Th. Revet, Rapport introductif au dossier « l'EIRL : la nouvelle donne pour l'entrepreneur », Dr. et patr., avr. 2011, n° 202, p. 44.

d'affectation a pour finalité la protection du patrimoine privé de l'entrepreneur individuel. Or, admettre la possibilité d'une renonciation individuelle constituerait une négation de ce mécanisme et nuirait à son efficacité. La différence avec la renonciation à la déclaration d'insaisissabilité est que celle-ci ne porte que sur un ou quelques biens de l'entrepreneur individuel et ne concerne que les créanciers professionnels. Tandis que, la renonciation à l'affectation patrimoniale au profit de certains créanciers ouvrirait aux créanciers domestiques ou professionnels, selon les cas, l'accès sur l'autre ou les autres patrimoines de l'EIRL pour la garantie de leurs dettes.

2. Le décloisonnement de l'affectation patrimoniale par la constitution de garanties sur le patrimoine non affecté

324. Le décloisonnement par la constitution de sûretés. Depuis son adoption, beaucoup d'autres se sont interrogés sur la possibilité pour l'EIRL de consentir des sûretés sur ses biens non affectés ou sur les biens affectés en faveur d'un de ses patrimoines. La quête du crédit pour financer ses activités peut amener l'EIRL à vouloir offrir des garanties sur ses patrimoines non concernés par l'activité pour laquelle il sollicite le concours des établissements de crédit. Mieux encore, ces garanties peuvent lui être sollicitées par les banquiers qui souhaitent étendre leur droit de gage sur le patrimoine privé de l'EIRL. Dès lors la principale difficulté était de savoir si l'EIRL pouvait consentir des garanties personnelles ou réelles sur son patrimoine privé en faveur de son patrimoine professionnel. Une partie de la doctrine pense que le patrimoine domestique ne pouvait garantir le patrimoine professionnel par un cautionnement dans la mesure où compte tenu de la définition du cautionnement, la caution ne peut être qu'une personne physique et non un patrimoine⁶²³. Pour d'autres⁶²⁴, le patrimoine domestique peut venir au soutien des dettes nées dans le cadre du patrimoine affecté par un cautionnement. Selon eux, l'assiette du cautionnement porte sur un patrimoine et par conséquent rien n'interdit que « que l'actif d'un patrimoine puisse être au service du passif d'un autre »⁶²⁵.

324. Le législateur a prévu également le décloisonnement de l'affectation patrimoniale par l'extension du gage des créanciers personnels. Comme nous l'avons souligné, le législateur favorise le décloisonnement de l'affectation patrimoniale au profit des créanciers domestiques de l'EIRL en cas d'insuffisance du patrimoine personnel. Ceux-ci peuvent poursuivre leurs droits sur le bénéfice du dernier exercice clos lorsque le patrimoine privé est insuffisant pour les désintéresser. A l'égard de

⁶²³ V. à ce propos, P. Simler, EIRL et communauté entre époux, JCP G, 2011, n° 4, p. 11 et s.

⁶²⁴ V. à ce propos, Ph. Théry, L'accès au crédit de l'EIRL : garantir et exécuter, op. cit. n° 6 ; D. Legeais, Le gage des créanciers dans l'EIRL, op. cit., n° 6, art. 39215.

⁶²⁵ V. Legrand, EIRL : vers une simplification, LPA 13 mai 2013, n° 95, p. 13.

ces créanciers, uniquement à l'égard de ces créanciers car l'inverse n'étant pas admise, leurs droits peuvent porter sur une partie des biens contenus dans le patrimoine ou les patrimoines affectés de l'EIRL. Ce décloisonnement partiel de l'étanchéité de la séparation patrimoniale peut soulever d'énormes difficultés d'application, comme nous l'avons vu, notamment lorsque l'EIRL fait face à des difficultés financières dans l'un de ses patrimoines.

325. Lorsque l'EIRL est soumis à une procédure collective dans l'hypothèse où il exerce une activité professionnelle au titre de son patrimoine personnel, cette disposition peut présenter, à notre sens, peu d'intérêt. Dans la mesure où même si on admet la possibilité pour les créanciers personnels de déclarer leurs créances, rien ne laisse penser qu'elles seront retenues. Dès lors que l'activité professionnelle de l'EIRL est déficitaire, on doute fort qu'il puisse réaliser des bénéfices qui serviront de tremplin à ses créanciers privés pour accéder à la masse des créanciers soumis à la procédure collective de leur débiteur. En outre, lorsque c'est le patrimoine privé qui est soumis à une procédure de surendettement, doit-on inclure la part du bénéfice réalisée dans l'exercice de l'activité pour laquelle un patrimoine est affecté dans le traitement du surendettement ou chaque créancier peut-il exercer son droit individuel sur cette part du bénéfice ? Autant de questions que soulève le décloisonnement partiel, qui crée au demeurant une inégalité parfaite entre créanciers personnel et professionnel de l'EIRL. La logique, en suivant la simplicité, aurait peut-être été de maintenir l'étanchéité de la séparation des patrimoines. Mais, c'était sans compter avec le souci de protection du législateur français à l'égard des créanciers privés de l'EIRL.

§ 2. LA REMISE EN CAUSE DE L'EFFICACITE DE LA PROTECTION PAR LE MANQUEMENT AUX OBLIGATIONS INHERENTES AUX MECANISMES

326. La violation des règles de mise en œuvre des mécanismes de protection de l'entrepreneur individuel entraîne leur inefficacité. En effet, la loi met à la charge de l'entrepreneur individuel qui veut protéger son patrimoine non professionnel certaines obligations (A) dont la violation est sanctionnée entraîne une remise de l'efficacité du mécanisme (B).

A. L'appréciation des manquements

327. L'efficacité des mécanismes de protection est remise en cause en cas de violation des obligations inhérentes aux mécanismes de protection (1) et en cas de fraude aux droits des créanciers (2).

1. La violation des obligations inhérentes aux mécanismes

328. L'efficacité des mécanismes de limitation de la responsabilité de l'entrepreneur individuel est soumise à certaines conditions. Aussi bien pour la déclaration d'insaisissabilité que pour l'affectation patrimoniale ou la fiducie, le législateur impose aux entrepreneurs individuels qui font le choix

d'opter pour l'un ou l'autre de ces mécanismes (ou cumulativement), certaines règles dont la violation entraîne une remise en cause de leur efficacité.

329. S'agissant de l'entrepreneur individuel qui fait le choix d'opter le statut de l'EIRL, l'article L. 526-6 du code de commerce prévoit des règles auxquelles le manquement constituerait une faute grave pouvant remettre en cause l'efficacité de l'affectation patrimoniale. Ce texte vise l'affectation de « l'ensemble des biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, nécessaire à l'exercice de son activité professionnelle »...

En plus, est également considéré comme étant un manquement grave aux règles de l'affectation patrimoniale, la violation des obligations comptables auxquelles sont assujettis les entrepreneurs individuels ayant opté pour le statut de l'EIRL. L'entrepreneur individuel est soumis aux règles régissant la comptabilité des commerçants telles qu'elles sont définies dans les dispositions des articles L. 123-12 à L. 123-23 et L. 123-25 à L. 123-27 du code de commerce⁶²⁶.

La violation de ses obligations est sanctionnée aux termes de l'article L. 526-12 du code de commerce qui dispose que « l'EIRL est responsable sur la totalité de ses biens et droits en cas de fraude ou en cas de manquement grave aux règles prévues au deuxième alinéa de l'article L. 526-6 ou aux obligations prévues à l'article L. 526-13 ».

330. En ce qui concerne la déclaration notariée d'insaisissabilité, également, la loi soumet l'entrepreneur individuel qui y a recouru certaines conditions à respecter. À défaut, le mécanisme perd toute son efficacité. Ainsi, sous peine d'inefficacité de la déclaration, l'entrepreneur individuel doit remplir les conditions visées par l'article L. 526-1 du code de commerce. Ce texte vise, en effet, les personnes physiques immatriculées à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou celles qui exercent une activité professionnelle agricole ou indépendante. Si, la question ne se pose pas pour les commerçants, artisans ou agriculteurs qui sont enregistrés dans des registres prévus pour leurs activités, des difficultés peuvent surgir pour certains entrepreneurs individuels qui exercent une activité libérale dans la mesure où aucun registre ne permet d'établir leur qualité. En cas de doute, l'acte peut être établi mais son efficacité n'est pas garantie.

Par ailleurs, pour sa validité, l'acte doit être passé devant un notaire et certaines conditions de publicité doivent également être respectées pour son efficacité. La violation de la formalité imposée entraîne la nullité de l'acte. L'absence de publicité dans le fichier immobilier et dans un journal d'annonce légale à caractère professionnel enlève à la déclaration d'insaisissabilité légalement constituée toute son efficacité à l'égard des créanciers.

⁶²⁶ Les entrepreneurs individuels exerçant sous le statut d'auto-entrepreneur sont soumis quant à eux à des règles de comptabilité simplifiées

2. La fraude aux droits des créanciers

331. EIRL. Des difficultés financières peuvent conduire l'entrepreneur individuel à commettre des actes frauduleux qui vont à l'encontre des droits de ses créanciers. En effet, il n'est pas rare que celui-ci, pour faire échapper une partie, au gage de ses créanciers, une partie de ses biens, organise son insolvabilité au profit d'un autre patrimoine ou au profit d'un de ses patrimoines lorsqu'il exerçait son activité professionnelle sous le statut de l'EIRL.

332. Déclaration d'insaisissabilité. Il a été pendant longtemps remis en cause l'idée selon laquelle, l'entrepreneur individuel pouvait procéder à la déclaration d'insaisissabilité de son patrimoine immobilier personnel lorsqu'il était en difficulté. La majorité de la doctrine, avant l'intervention de la Cour de cassation, rejetait la possibilité pour ce dernier de procéder à une déclaration d'insaisissabilité dès l'instant que son activité professionnelle était défailant. Selon, les partisans de cette thèse, le liquidateur ou le mandataire selon les cas pouvait agir contre une telle déclaration.

Cependant, la Cour de cassation est intervenue pour mettre un terme à cette incertitude en affirmant que la déclaration d'insaisissabilité pouvait être faite par l'entrepreneur individuel même à la veille de la cessation des paiements. Certains auteurs en ont déduit que la portée conférée à la déclaration d'insaisissabilité pouvait être une source de fraude à l'égard des droits des créanciers. En effet, il est vrai que certains créanciers ou même l'entrepreneur individuel pourraient détourner la finalité du mécanisme au détriment de certains créanciers. Il en est ainsi lorsqu'elle est utilisée ou imposée par un créanciers afin d'exclure les autres créanciers de l'entrepreneur individuel du gage de leur débiteur. Elle pourrait constituer également un outil (comme nous l'avons rappelé) de crédit, détournant le mécanisme de sa finalité.

Mais, quoiqu'il en soit, il serait difficile, voire impossible, d'apporter la preuve que l'entrepreneur individuel a commis une fraude dans l'utilisation du mécanisme de la déclaration d'insaisissabilité. La gymnastique que l'on pourrait constater autour de ce mécanisme par le jeu des renonciations est l'expression d'une faculté qui lui est offerte par la loi. On ne pourrait pas en déduire l'existence d'une fraude aux droits de ses créanciers qui appellerait des sanctions à son égard.

La jurisprudence va plus loin en admettant que le liquidateur ne peut exercer une action paulienne pour contester la déclaration d'insaisissabilité faite par l'entrepreneur individuel alors même qu'il était en cessation des paiements⁶²⁷. Selon les magistrats de la Cour de cassation, le liquidateur ne peut exercer d'action paulienne dans la mesure où il n'agit pas par cette action dans l'intérêt collectif de tous les créanciers. Cette décision est fortement critiquée par la doctrine. Elle

⁶²⁷ Cass. com. 23 avr. 2013, n° 12-16035, LEDEN, 3 juin 2013, p. 1, note F.-X. Lucas.

vient limiter considérablement les pouvoirs du liquidateur qui ne peut, non seulement agir en inopposabilité d'une déclaration d'insaisissabilité irrégulière, mais également sur le fondement de l'action paulienne. Seuls les créanciers auxquels la déclaration est inopposable peuvent agir à l'encontre d'un tel forfait. Cette solution est d'autant plus critiquable dans la mesure où elle donne une certaine légitimité à la fraude de l'entrepreneur individuel qui veut faire échapper une partie de son patrimoine au gage de ses créanciers professionnels. En effet déclarer le liquidateur irrecevable à agir constituerait une atteinte aux droits des créanciers professionnels pour le grand bonheur des créanciers qui ne seraient pas concernés par la procédure.

333. La fraude des droits des créanciers par le transfert fiduciaire. En principe, les créanciers chirographaires de l'entrepreneur individuel ne disposent d'aucun droit sur le patrimoine fiduciaire. C'est à l'égard de ces derniers que l'affectation fiduciaire joue pleinement. En effet, les créanciers chirographaires subissent de plein droit la réduction de l'assiette de leur gage sans pouvoir s'y opposer. Cependant, ils ne sont pas totalement démunis face à l'affectation fiduciaire. La loi leur permet de contester celle-ci lorsqu'elle a été faite en fraude de leurs droits. L'article 2025, alinéa 1 du Code civil leur permet de contester l'affectation fiduciaire faite en fraude de leurs droits par la voie de l'action paulienne prévue à l'alinéa 1 de l'article 1167 du Code civil⁶²⁸. Toutefois, seuls les créanciers dont les droits étaient nés avant la conclusion du contrat de fiducie peuvent exercer l'action paulienne. La jurisprudence estime en effet que la créance doit exister avant que l'acte frauduleux ait eu lieu pour que le créancier puisse exercer l'action paulienne⁶²⁹.

Cependant, les créanciers qui entendent exercer l'action paulienne doivent établir la double preuve de l'existence du caractère frauduleux du contrat de fiducie⁶³⁰ ainsi que les obstacles au recouvrement de leurs créances résultant de la modification substantielle du droit de gage général sur le patrimoine du débiteur⁶³¹. Dans l'hypothèse d'une fiducie-gestion, les juges peuvent tenir compte de la durée du contrat pour établir l'existence ou non d'une fraude puisque dans une telle situation, les biens transférés dans le patrimoine fiduciaire ont vocation à retourner dans le patrimoine du constituant.

En cas de succès de l'action paulienne, l'affectation fiduciaire devient inopposable aux créanciers qui l'ont exercé. Dans ce cas, ils pourront saisir les biens contenus dans le patrimoine fiduciaire à hauteur de leurs créances. L'affectation fiduciaire leur est inopposable.

⁶²⁸ Aux termes de cette disposition, les créanciers chirographaires peuvent « en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits ».

⁶²⁹ V. Cass. civ. 1^{er}, 1^{er} janv. 1984, n° 82-15.146.

⁶³⁰ V. Civ. 1^{er}, 19 mai 1985, n° 83-17.329.

⁶³¹ En effet, certains auteurs estiment que la simple modification de la consistance du patrimoine peut être constitutive de fraude paulienne, v. en ce sens, P.-Y. Gautier, F. Pasqualini, Action paulienne, Rép. Civ. Dalloz, Sept. 2006, § 43.

334. La fraude des droits des créanciers par le changement de régime matrimonial. Il en est de même à l'égard des créanciers dont le changement de régime matrimonial est fait en fraude de leurs droits. Lorsque le changement de régime constitue une manœuvre frauduleuse des époux, dans le but d'échapper à leurs créanciers, ces derniers peuvent agir en justice pour faire valoir leurs droits. En effet, les créanciers dont les droits sont lésés par le changement du régime matrimonial de l'entrepreneur individuel peuvent le contester par la voie de l'action paulienne. L'article 1397, alinéa 9 dispose que « les créanciers non opposants, s'il a été fait fraude à leurs droits, peuvent attaquer le changement de régime matrimonial dans les conditions de l'article 1167 ». En cas de succès de leur action, la sanction de l'action paulienne leur permet d'exercer leurs droits à l'égard de leur créancier comme si le changement n'avait jamais eu lieu.

Le législateur prévoit la sanction de la fraude aux droits des créanciers par l'inopposabilité. Quel que soit le changement opéré par l'entrepreneur individuel dans sa situation juridique, le législateur permet aux créanciers de le contester sur le fondement de l'article 1167 du Code civil lorsqu'ils estiment qu'il a été fait en fraude de leurs droits. Ainsi, le changement intervenu sera inopposable à l'égard des créanciers envers qui l'action paulienne est admise. Toutefois, le législateur a aussi prévu des sanctions en cas de manquements, notamment à l'égard de l'EIRL compte tenu de la gravité des conséquences de l'affectation patrimoniale.

B. La sanction des manquements de l'EIRL

335. Le non-respect des obligations dans la mise en œuvre des mécanismes de protection entraîne des sanctions, notamment pour l'EIRL. Certaines sanctions anéantissent le décloisonnement patrimoniale (1) tandis que d'autres ne visent que certains biens du patrimoine affecté (2).

1. Les sanctions visant tout le patrimoine de l'EIRL

336. L'extension de la responsabilité de l'entrepreneur individuel sur la totalité de son patrimoine. La protection du patrimoine privé de l'entrepreneur individuel résultant de la déclaration d'insaisissabilité ou de l'affectation patrimoniale n'est pas absolue. Comme nous l'avons souligné, le législateur a prévu certaines situations dans lesquelles la déclaration d'insaisissabilité ou l'affectation patrimoniale s'efface.

Lorsque la déclaration d'insaisissabilité a été effectuée par fraude aux droits des créanciers, elle ne leur sera pas opposable. Elle ne sera non plus opposable à l'administration en cas de « manœuvres frauduleuses ou en cas d'inobservation grave et répétée des obligations fiscales »⁶³².

⁶³² L'art. 42 de la Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière précise que la « déclaration n'est pas opposable à l'administration fiscale lorsque

.../...

337. Il en est ainsi de même pour l'EIRL lorsqu'il ne respecte pas les obligations relatives à la déclaration d'affectation, le législateur prévoit l'extension de sa responsabilité sur « la totalité de ses biens, droits, obligations ou sûretés ». Cette sanction résulte des manquements par ce dernier aux obligations relatives à l'affectation patrimoniale⁶³³. La loi prévoit également l'extension de la responsabilité de l'entrepreneur individuel sur la totalité de son patrimoine en cas de manquements par ce dernier à ses obligations fiscales ou sociales. À cet effet, l'article L. 273 B, I dispose que lorsque l'EIRL dans l'exercice de son activité professionnelle pour laquelle il a affecté un patrimoine « a, par des manœuvres frauduleuses ou à la suite de l'inobservation grave et répétée de ses obligations fiscales, rendu impossible le recouvrement des impositions et pénalités dont il est redevable au titre de cette activité, le recouvrement de ces sommes peut être recherché sur le patrimoine non affecté à cette activité dès lors que le tribunal compétent a constaté la réalité de ces agissements ». Cette sanction vaut également pour l'inverse, « lorsqu'à la suite de manœuvres frauduleuses ou de l'inobservation grave et répétée de ses obligations fiscales, rendu impossible le recouvrement des impositions et pénalités étrangères à son activité professionnelle dont elle est redevable ou dont son foyer fiscal est redevable, leur recouvrement peut être recherché sur le patrimoine affecté dès lors que le tribunal compétent a constaté la réalité de ces agissements ».

Ces sanctions s'appliquent également à l'EIRL lorsqu'il compromet « le recouvrement de ses cotisations et contributions sociales et des pénalités et majorations afférentes dont il est redevable »⁶³⁴ au titre de son activité professionnelle. Toutefois, ces agissements ou manœuvres frauduleuses dont il est question doivent être établis par le tribunal compétent⁶³⁵.

La fraude entraîne dès lors l'engagement de la responsabilité de l'EIRL sur tout son patrimoine aux termes de l'article L. 526-12 du code de commerce. L'unicité reprend le dessus sur la séparation patrimoniale et les créanciers retrouvent leurs droits de poursuite sur l'ensemble du patrimoine de leur débiteur.

Les créanciers de l'EIRL retrouvent également la possibilité d'exercer leurs droits sur l'ensemble du patrimoine de leur débiteur lorsque ce dernier commet une faute dans l'évaluation des biens qu'il a affectés à son patrimoine professionnel. En effet, la loi du 15 juin 2010 prévoit que lorsque la valeur

celle-ci relève, à l'encontre du déclarant, soit des manœuvres frauduleuses, soit l'inobservation grave et répétée de ses obligations fiscales, au sens de l'article 1729 du code général des impôts. »

633 Il s'agit de la violation des règles posées à l'art. L. 526-6 al. 2, C. com., du manquement aux obligations comptables et bancaires ou de la fraude aux droits des créanciers.

634 V. art. L. 133-4-7, C. sec. soc.

635 Le tribunal compétent est déterminé en fonction de la qualité de l'entrepreneur individuel. En effet, s'il s'agit d'un commerçant ou d'un artisan, le TC est compétent, en revanche si l'entrepreneur individuel est un agriculteur ou un professionnel libéral c'est le TGI ou le TI qui sera compétent.

des biens affectés par l'EIRL est supérieure à l'évaluation proposé par le commissaire aux comptes, l'expert-comptable, l'association de gestion de compte et de comptabilité ou le notaire, la responsabilité de l'EIRL peut être engagée sur la totalité de son patrimoine affecté et non affecté, dans une durée de cinq ans, à hauteur de la différence entre la valeur qu'il a déclaré et celle qui est proposée par le commissaire aux comptes, l'expert-comptable, l'association de gestion et de comptabilité ou le notaire⁶³⁶.

2. Les sanctions visant certains biens de l'EIRL

338. Certaines sanctions ne visent pas, cependant, tout le patrimoine de l'EIRL. En effet, malgré l'affectation de certains biens à l'activité professionnelle de l'EIRL, il n'en demeure pas moins qu'ils soient soumis au gage des créanciers personnels de ce dernier. Cette extension du gage des créanciers personnels de l'EIRL à ces dits biens résulte de l'inopposabilité de l'affectation faite à leur égard.

Cette extension concerne, en premier lieu les immeubles que ce dernier décide d'affecter à son activité professionnelle. Aux termes de l'article L. 526-9 du code de commerce, l'affectation d'un bien immobilier ou d'une partie d'un tel bien est reçue par acte notarié et publiée au bureau des hypothèques ou au livre foncier de la situation du bien⁶³⁷. L'alinéa 3 du même article précise que « lorsque l'affectation d'un bien immobilier ou d'une partie d'un tel bien est postérieure à la constitution du patrimoine affecté, elle donne lieu au dépôt d'une déclaration complémentaire au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration prévue à l'article L. 526-7 et L. 526-8, à l'exception des 1^o et 2^o. Dès lors, la violation des règles prévues à l'article L. 526-9 du code de commerce entraîne l'inopposabilité de l'affectation »⁶³⁸.

339. L'inopposabilité de l'affectation à l'égard des créanciers personnels est également prévu lorsque l'EIRL affecte dans son patrimoine professionnel des biens communs ou indivis sans le consentement expresse de son conjoint ou de ses coindivisaires. L'article L. 526-11 du code de commerce exige pour l'affectation des biens communs ou indivis, l'information et le consentement expresse du conjoint de l'EIRL ou de ses coindivisaires. Cette mesure est justifiée car les biens affectés n'appartiennent pas exclusivement à l'EIRL. Les biens communs appartiennent également pour moitié au conjoint de l'EIRL. Le partage post communautaire peut dans ce cas entraîner la cessation de l'affectation, à moins que les biens communs affectés ne soient attribués à l'EIRL ou qu'il en obtienne l'attribution préférentielle.

⁶³⁶ V. art. L. 526-10, C. com.

⁶³⁷ Dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle.

⁶³⁸ V. art. L. 526-6 *in fine*, C. com.

Pour ce qui est des biens indivis affectés, l'assimilation posée par l'article L. 526-11 du code de commerce semble douteuse. Les créanciers personnels « n'ont aucun droit de poursuite ni sur ces biens, ni sur la quote-part indivise de leur débiteur »⁶³⁹. Dès lors, la soustraction des biens indivis à la poursuite des créanciers de l'EIRL était inopportune dans la mesure où il ressort du droit commun que les créanciers d'un indivisaire ne peuvent saisir les biens indivis de leur débiteur. Cependant, l'article L. 526-11 du code de commerce semble apporter une exception au principe posé à l'article 815-17 alinéa 2 du Code civil qui dispose que « les créanciers personnels d'un indivisaire ne peuvent saisir sa part dans les biens indivis, meubles ou immeubles ». Mais, avec le consentement des coindivisaires, les créanciers professionnels peuvent poursuivre les biens indivis affectés à l'activité professionnelle de l'EIRL, contrairement au principe posé en droit commun.

Conclusion Titre I :

340. La mise en œuvre des mécanismes de protection de l'entrepreneur individuel permet de constater la subdivision qu'elles opèrent entre les créanciers antérieurs et les créanciers postérieurs. À l'égard des premiers, les mécanismes de protection ne sont pleinement efficaces que lorsque certaines conditions sont remplies à leur égard. L'opposabilité des mécanismes de protection aux créanciers antérieurs n'est pas de plein droit. La déclaration notariée d'insaisissabilité ne produit aucun effet à l'égard des créanciers antérieurs, l'EIRL et le changement de régime matrimonial ne leur sont opposables que dans le respect des règles prévues à cet effet. De plus, les créanciers titulaires d'un bien affecté dans le patrimoine fiduciaire disposent d'un droit de suite sur ce bien. Ainsi, que les mécanismes de protection de l'entrepreneur individuel ne sont pas efficaces à l'égard des créanciers antérieurs.

341. Leur efficacité ne semble jouer qu'à l'égard des créanciers postérieurs, mais même à l'égard de ceux-ci, elle n'est que relative. Le législateur, dans le souci de protéger également les droits de certains créanciers, a multiplié les exceptions au point de vider ces mécanismes de toute leur efficacité. De plus, la faculté de renonciation à ces mécanismes de protection fragilise leur efficacité dans la mesure où l'entrepreneur individuel en situation de faiblesse face à ses créanciers peut y être contraint dans l'espoir d'obtenir du crédit.

Cependant, malgré leurs insuffisances, c'est lorsque l'entrepreneur individuel est en difficulté que les mécanismes mis en place sont censés lui offrir la protection tant recherchée.

⁶³⁹ V. I. Beyneix, Le double échec de l'EIRL à l'aune du droit commun et du droit de la défaillance économique, LPA, 19 sept. 2011, n° 186, p. 17 et s.

TITRE II.

L'EFFICACITE DE LA PROTECTION PAR LA LIMITATION DES DROITS DES CREANCIERS DE L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL EN DIFFICULTE

342. Lorsque l'entrepreneur individuel est en difficulté, l'ensemble de ses biens professionnels comme personnels sont appréhendés par la procédure collective ouverte à son égard. La situation est beaucoup plus complexe à son égard lorsqu'il est marié sous le régime de la communauté des biens. Dans cette hypothèse, non seulement ses biens personnels mais aussi son patrimoine conjugal est intégré dans l'assiette de la procédure collective. Ainsi, les effets peuvent être désastreux pour lui et son conjoint qui se retrouvent dessaisi de leurs droits sur leur patrimoine conjugal.

Pour éviter cette situation, des mécanismes sont mis en place, dont la finalité recherchée est de cantonner les droits des créanciers au seul patrimoine affecté à l'activité professionnelle ou de soustraire les biens personnels de l'assiette de la procédure collective de l'entrepreneur individuel. Le législateur offre à l'entrepreneur individuel la possibilité de cantonner les droits des créanciers au seul patrimoine affecté à leur gage par l'affectation patrimoniale et l'affectation fiduciaire. De même, inversement, les biens personnels non utilisés dans le cadre de l'activité professionnelle sont soustraits aux droits des créanciers par le mécanisme de la déclaration notariée d'insaisissabilité ou par le jeu des régimes matrimoniaux (Chapitre 1).

343. Cependant l'efficacité des mécanismes de protection de l'entrepreneur individuel recherchée par les pouvoirs publics est loin d'être absolue. Aussi bien les mécanismes de droit commun que les mécanismes spécifique à l'entrepreneur individuel présente des lacunes qui amoindrit leur efficacité dans la procédure collective si elles ne pas remise en cause par son ouverture (Chapitre 1). Un renforcement de ces mécanismes semble être nécessaire afin d'assurer à l'entrepreneur individuel une protection efficace de son patrimoine personnel. A défaut, ce dernier peut recourir aux procédures préventives qui constituent pour le moment une alternative à l'inefficacité des mécanismes de protection (Chapitre 2).

CHAPITRE I.

L'EFFICACITE RECHERCHEE

344. La fragilité de l'entrepreneur individuel apparaît le plus souvent au moment où il est en difficulté. Étant soumis au principe de l'unité du patrimoine, tous ses biens professionnels et personnels sont menacés par la poursuite des créanciers qui peuvent saisir aussi bien son patrimoine professionnel que ses biens personnels. Le principe d'unité du patrimoine auquel il est soumis implique que lorsqu'il est en difficulté, la procédure ouverte à son encontre englobe tous ses biens qu'ils soient utilisés dans le cadre de son activité professionnelle ou non.

Pour remédier à cette situation défavorable à l'égard de l'entrepreneur individuel, le législateur a mis en place des mécanismes dont la finalité vise à protéger l'entrepreneur individuel en préservant son patrimoine personnel par le cantonnement des droits des créanciers en cas de difficultés (section 1) ou en soustrayant certains biens du champ de l'assiette des droits des créanciers (section 2).

SECTION I.

LE CANTONNEMENT DES DROITS DES CREANCIERS EN CAS DE DIFFICULTES DE L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL

345. L'objectif poursuivi par le législateur français en instituant le patrimoine d'affectation est de limiter les droits des créanciers professionnels sur le patrimoine qui leur est affecté afin de préserver les biens personnels de l'EIRL. En cas de défaillance de ce dernier, l'ouverture d'une procédure de traitement des difficultés sera cantonnée au seul patrimoine en difficulté (Paragraphe 1). De même, les créanciers de l'entrepreneur individuel en difficulté voient les biens transférés dans un patrimoine fiduciaire échapper à l'assiette de la procédure de leur débiteur (Paragraphe 2).

§ 1. LE CANTONNEMENT DES DROITS DES CREANCIERS DE L'EIRL

346. Lorsque l'EIRL éprouve des difficultés au titre de l'un de ses patrimoines, seul ce patrimoine est visé par l'ouverture d'une procédure de traitement des difficultés (A). Le cloisonnement patrimonial impose le cantonnement de la procédure au seul patrimoine en difficulté. En conséquence, lorsque l'entrepreneur individuel fait l'objet de difficultés généralisées au titre de ses patrimoines affecté ou non affecté, l'ouverture des procédures de traitement des difficultés se fera de façon distributive (B).

A. Le cantonnement des droits des créanciers en cas de difficultés partielles de l'EIRL

347. En cas d'ouverture d'une procédure collective à la suite de difficultés au titre du patrimoine affecté, la procédure est cantonnée au seul patrimoine affecté (A) et les droits des créanciers ne s'apprécient qu'au regard de ce seul patrimoine (B).

1. Le cantonnement de la procédure au patrimoine affecté

348. Le principe du cantonnement de la procédure en cas de difficultés de l'EIRL est clairement posé par l'article L. 680-1 du code de commerce. Aux termes de cette disposition, « lorsque les dispositions des titres Ier à VI du présent livre sont appliquées à raison des activités professionnelles

exercées par un EIRL, elles le sont patrimoine par patrimoine »⁶⁴⁰. Ainsi, lorsque l'entrepreneur individuel exerce une activité professionnelle sous le statut de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée, seule cette activité est, en principe, soumise aux droit des entreprises en difficultés⁶⁴¹. La logique du patrimoine d'affectation suppose, à cet effet, que l'actif professionnel réponde uniquement du passif professionnel⁶⁴².

349. Cette logique du patrimoine d'affectation bouleverse ainsi l'approche traditionnelle du droit des procédures collectives dont la vocation principale est d'appréhender tous les biens du débiteur saisissables, qu'ils soient affectés à son activité professionnelle ou non⁶⁴³. En fait, la remise en cause de l'universalité de la procédure collective à laquelle est soumis l'EIRL est une conséquence directe de la remise en cause de l'unité du patrimoine, principe selon lequel tous les biens de l'entrepreneur individuel soient visés par la procédure collective⁶⁴⁴. Or, l'affectation patrimoniale entraînant une compartimentation du patrimoine de l'EIRL, le droit des procédures collectives ne peut s'appliquer que sur le patrimoine professionnel au titre de laquelle une activité professionnelle est exercée⁶⁴⁵. L'objectif recherché par le législateur français en créant le patrimoine d'affectation est de mettre le patrimoine personnel de l'EIRL hors du champ d'application de la procédure collective du débiteur.

640 Le législateur a inséré dans le Livre VI du C. com. un Titre III consacré aux « Dispositions particulières à l'EIRL ». Cette insertion est guidée par un souci de clarté de l'adaptation du dispositif de l'EIRL au droit des procédures collectives.

641 A cet effet, l'art. L. 680-4, C. com. apporte des précisions sémantiques. Aux termes de ce texte, « sauf dispositions contraires, les références faites par les titres Ier à VI du présent livre au débiteur, à l'entreprise, au contrat, au cocontractant s'entendent, respectivement : du débiteur en tant qu'il exerce l'activité en difficulté et est titulaire du patrimoine qui se rattache à celle-ci, à l'exclusion de tout autre ; de l'entreprise exploitée dans le cadre de l'activité en difficulté ; si un patrimoine est affecté à l'activité en difficulté, du contrat passé à l'occasion de l'exercice de cette activité ou, si l'activité est exercée sans affectation de patrimoine, du contrat passé en dehors du ou des patrimoines auxquels un patrimoine est affecté ; du cocontractant ayant conclu le contrat mentionné au précédent alinéa ».

642 V. C. Saint-Alary-Houin et J.-L. Mercier, L'application du droit des entreprises en difficulté à l'EIRL, , Gaz. pal. 19 mai 2011, spéc. n° 17, p. 36, I5586.

643 Sont modifiés les articles L. 620-2, L. 631-2 et L. 640-2 du code de commerce pour permettre l'ouverture de procédures collectives distinctes pour chacun des patrimoines de l'EIRL. La prise en compte de la pluralité de patrimoines va jusqu'à soustraire à l'examen en présence du ministère public l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire à l'égard d'un patrimoine de l'EIRL lorsque c'est un autre de ses patrimoines qui a bénéficié d'un mandat ad hoc ou d'une procédure de conciliation dans les derniers dix-huit mois. En outre, l'interdiction d'exercer les différentes activités professionnelles qui frappe le débiteur personne physique mis en liquidation judiciaire est limitée au seul patrimoine visé par la procédure, v. sur ce point, B. Dondero, EIRL - Duo in carne una . - À propos de l'ordonnance du 9 décembre 2010, *Aperçu rapide*, JCP G, 20 Décembre 2010, p. 1261.

644 V. B. Dondero, art. préc., p. 1261.

645 L'ordonnance adaptant l'EIRL au droit des procédures collectives contient également des dispositions relatives au droit du chèque et aux procédures civiles d'exécution. Ainsi, l'interdiction d'émettre des chèques et de se voir délivrer des formules de chèque valait pour l'ensemble des comptes bancaires détenus par une même personne physique qui s'appliquait jusqu'à l'adoption de l'ordonnance ont été modifiées pour tenir compte de la pluralité de patrimoines. Désormais, l'EIRL pourra émettre des chèques au titre de son activité professionnelle si l'incident de paiement concerne un autre patrimoine.

A cet effet, l'appréciation de l'état de cessation des paiements de l'EIRL doit se faire exclusivement au regard des éléments composant le patrimoine affecté⁶⁴⁶. Cette analyse se déduit de la lecture des articles L. 680-2 et L. 680-3 du code de commerce qui précisent que les dispositions du livre VI du code de commerce ne visent que les éléments affectés. Selon l'article L. 680-2 du code de commerce, « les dispositions des titres Ier à VI du présent livre qui intéressent la situation économique ou les biens, droits ou obligations du débiteur EIRL doivent, sauf dispositions contraires, être comprises comme visant les éléments du seul patrimoine affecté à l'activité en difficulté ou, si l'activité est exercée sans affectation de patrimoine, du seul patrimoine non affecté ». Ainsi, comme le souligne le professeur Pétel, « la cessation des paiements ou les difficultés justifiant sauvegarde et conciliation doivent donc s'apprécier en faisant abstraction du patrimoine « privé » du débiteur »⁶⁴⁷. Pour déterminer la cessation des paiements, le passif exigible du patrimoine affecté sera comparé à l'actif disponible dans ce patrimoine. Or, pour les autres personnes soumises au droit des procédures collectives, l'appréciation de l'état de cessation des paiements du débiteur suppose la prise en compte des « dettes exigibles de toute nature, qu'elles soient ou non en rapport avec l'activité et l'actif disponible de toute nature ».

350. La demande d'ouverture d'une procédure de conciliation ou de sauvegarde doit suivre la même logique. Le tribunal compétent doit apprécier la situation économique de l'entrepreneur individuel au regard de l'activité professionnelle exercée au titre de laquelle l'ouverture de la procédure est demandée. Toutefois, cette solution peut entraîner une injustice à l'égard des créanciers à qui on demandera de faire des efforts afin d'assurer la continuité de l'activité de l'EIRL alors que son patrimoine non affecté pouvait permettre de régler ces difficultés. Certains auteurs dénoncent cette situation car elle conduit à demander aux créanciers professionnels de l'EIRL à faire plus d'efforts que leur propre débiteur⁶⁴⁸. Selon ces auteurs, il appartient d'abord à l'entrepreneur individuel de faire des efforts afin de redresser son entreprise avant de solliciter une procédure de sauvegarde ou de conciliation⁶⁴⁹. Quoiqu'il en soit, le tribunal saisi est tenu de suivre les dispositions

⁶⁴⁶ Selon le rapport au Président de la République, les conditions d'ouverture de la procédure collective doivent être appréciées exclusivement en tenant compte des seuls éléments actifs et passifs compris dans le patrimoine visé par la procédure

⁶⁴⁷ Ph. Pétel, L'adaptation des procédures collectives à l'EIRL ; Note sous Ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'EIRL, JCP E, 3 fév. 2011, 1071.

⁶⁴⁸ P.-M. Le Corre, L'heure de vérité de l'EIRL : le passage sous la toise du droit des entreprises en difficulté, op. cit., p. 91 et s.

⁶⁴⁹ La formule de P.-M. Le Corre résume bien cette pensée : « « Aide-toi, et tes créanciers t'aideront, serait-on tenté de dire !... », P.-M. Le Corre, L'heure de vérité de l'EIRL : le passage sous la toise du droit des entreprises en difficulté, op. cit., p. 91 et s.

de l'article L. 680-1 du code de commerce qui impose d'apprécier la situation économique de l'EIRL patrimoine par patrimoine⁶⁵⁰.

351. Toutefois, le patrimoine non affecté de l'entrepreneur individuel peut aussi être soumis aux dispositions du Livre VI du code de commerce lorsque l'entrepreneur individuel exerce une activité professionnelle au titre du patrimoine non affecté. Dans ce cas, la procédure collective sera limitée au seul patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel. Les créanciers personnels de l'entrepreneur individuel seront ainsi tenus de déclarer leurs créances dans la procédure collective ouverte à l'égard de leur débiteur⁶⁵¹. Les créanciers professionnels dont les droits sont cantonnés au patrimoine affecté ne sont pas concernés par les effets de l'ouverture de la procédure collective. Ainsi, les créanciers professionnels ne seront pas tenus à la règle de l'interdiction des poursuites individuelles, ni à l'obligation de déclarer leurs créances nées de l'activité professionnelle exercée sous le statut de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée. Ils sont totalement étrangers à la procédure collective, sauf dans l'hypothèse, fort probable, où ils auraient des créances à l'égard de l'entrepreneur individuel au titre de son patrimoine en difficulté⁶⁵². Dans ce cas, ils sont soumis à la discipline collective et son dans l'obligation de déclarer leurs créances dans le délai de deux mois à compter du jugement d'ouverture de la procédure collective. Cependant, ils continuent d'exercer pleinement leurs droits sur le patrimoine affecté.

650 Au regard de l'art. L.680-1, C. com., l'effet réel de la procédure ne se produit qu'à l'égard des éléments affectés dans le patrimoine visé par la procédure. Ainsi, seuls ces actifs sont soumis au contrôle ou à la gestion des organes de la procédure et seuls ces actifs peuvent être réalisés en cas de liquidation judiciaire. De ce fait, leur épuisement, qui devrait logiquement faire disparaître le patrimoine affecté faute d'objet et justifier ainsi la clôture de la procédure pour insuffisance d'actif libérant du coup l'EIRL à l'égard des créanciers soumis à la procédure et impayés.

651 Aux termes de l'art. L. 622-26, C. com., « à défaut de déclaration dans les délais prévus à l'article L. 622-24, les créanciers ne sont pas admis dans les répartitions et les dividendes à moins que le juge-commissaire ne les relève de leur forclusion s'ils établissent que leur défaillance n'est pas due à leur fait ou qu'elle est due à une omission du débiteur lors de l'établissement de la liste prévue au deuxième alinéa de l'article L. 622-6. Ils ne peuvent alors concourir que pour les distributions postérieures à leur demande.

Les créances non déclarées régulièrement dans ces délais sont inopposables au débiteur pendant l'exécution du plan et après cette exécution lorsque les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal ont été tenus. Pendant l'exécution du plan, elles sont également inopposables aux personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie.

L'action en relevé de forclusion ne peut être exercée que dans le délai de six mois. Ce délai court à compter de la publication du jugement d'ouverture ou, pour les institutions mentionnées à l'article L. 3253-14 du code du travail, de l'expiration du délai pendant lequel les créances résultant du contrat de travail sont garanties par ces institutions. Pour les créanciers titulaires d'une sûreté publiée ou liés au débiteur par un contrat publié, il court à compter de la réception de l'avis qui leur est donné. par exception, si le créancier justifie avoir été placé dans l'impossibilité de connaître l'obligation du débiteur avant l'expiration du délai de six mois, le délai court à compter de la date à laquelle il est établi qu'il ne pouvait ignorer l'existence de sa créance ».

652 Il peut également s'agir des créanciers à l'égard de qui la déclaration d'affectation est inopposable. Comme nous l'avons souligné, à l'égard de ces derniers, c'est le principe de l'unité du patrimoine qui s'applique.

Le dessaisissement de l'EIRL s'applique au regard du seul patrimoine affecté par la procédure collective. L'effet réel de la procédure collective est cantonné aux seuls biens, droits et obligations contenus dans le patrimoine soumis à la procédure collective⁶⁵³. A l'inverse, l'EIRL dispose de la libre gestion de son patrimoine non soumis à la procédure collective, « qu'il s'agisse du patrimoine de l'EIRL si celui-ci reste *in bonis*, ou du patrimoine non affecté dans lequel une autre entreprise est logée ».

352. Le cantonnement de la procédure collective au seul patrimoine affecté est également perceptible au cours de la procédure. Certains auteurs se sont interrogés sur les effets du cloisonnement patrimonial en cas de procédure collective, notamment lorsque l'entrepreneur individuel utilise certains biens du patrimoine non affecté dans le cadre de son activité professionnelle. La multiplicité des questions montre la complexité de la situation en cas de survenance de difficultés conduisant à l'ouverture d'une procédure collective. L'ordonnance de décembre 2010 a apporté des réponses, plus ou moins précises, à certaines questions⁶⁵⁴. D'autres, en revanche, sont élucidées.

L'ordonnance du 9 décembre 2010 a institué une procédure de reprise des biens appartenant à l'autre ou aux autres patrimoines de l'EIRL. Selon l'article L. 629-19 du code de commerce « le débiteur EIRL établit, dans les conditions prévues par l'article L. 624-9⁶⁵⁵, la consistance des biens détenus dans le cadre de l'activité à raison de laquelle la procédure a été ouverte qui sont compris dans un autre de ses patrimoines. L'administrateur, avec l'accord du mandataire judiciaire, peut acquiescer à la demande tendant à la reprise du bien. A défaut d'acquiescement ou en l'absence d'administrateur, la demande est portée devant le juge-commissaire ». L'ordonnance permet ainsi à l'EIRL d'auto-revendiquer ses biens détenus dans le cadre de son activité professionnelle et qui ne sont pas affectés. La liste des biens à revendiquer doit figurer dans l'inventaire remis par l'EIRL à l'administrateur judiciaire ou au mandataire. La procédure de revendication est calquée sur celle que la loi accorde au tiers titulaires d'un droit de propriété sur un bien compris dans l'assiette de la procédure collective d'exercer son droit de revendication dudit bien. L'article L. 622-6 du code de commerce précise que l'EIRL doit revendiquer le bien au même titre que le tiers. Selon ce texte,

⁶⁵³ Même si, en liquidation judiciaire, il n'est pas question de vendre les biens de l'entreprise, mais plutôt ceux du débiteur, faute de personnalité juridique de la première, tout va se passer, en présence d'un EIRL comme s'il était question de vendre les biens d'une entreprise. Tous les biens de l'EIRL doivent être réalisés, mais seulement ceux-là.

⁶⁵⁴ Le cantonnement de la procédure aux actifs affectés ne manquera pas de soulever des problèmes de frontières entre les deux patrimoines. L'ordonnance anticipe ces difficultés en donnant compétence au tribunal de la procédure pour connaître des contestations relatives à l'affectation des éléments du patrimoine de l'EIRL qui s'élèveront à l'occasion de la procédure, v. art. L. 680-7, C. com.

⁶⁵⁵ Aux termes de l'art. L. 624-9, C. com., « la revendication des meubles ne peut être exercée que dans le délai de trois mois suivant la publication du jugement ouvrant la procédure ».

« dès l'ouverture de la procédure, il est dressé un inventaire du patrimoine du débiteur ainsi que des garanties qui le grèvent. Cet inventaire, remis à l'administrateur et au mandataire judiciaire, est complété par le débiteur par la mention des biens qu'il détient susceptibles d'être revendiqués par un tiers. Le débiteur EIRL y fait en outre figurer les biens détenus dans le cadre de l'activité à raison de laquelle la procédure a été ouverte qui sont compris dans un autre de ses patrimoines et dont il est susceptible de demander la reprise dans les conditions prévues par l'article L. 624-19 ».

353. En outre, les questions soulevées par la mise à disposition par l'entrepreneur individuel au profit de son activité professionnelle des biens normalement appartenant à son patrimoine non affecté soit gratuitement, soit à titre onéreux ne sont pas totalement traitées par l'ordonnance de 2010. Dans l'hypothèse où l'EIRL met à la disposition de son patrimoine affecté des biens de son patrimoine non affecté à titre onéreux ou à titre gratuit, l'administrateur ou le mandataire pourrait-il exiger la continuation de cette relation sur le fondement de la poursuite des contrats en cours prévue par l'article L. 622-13 du code de commerce⁶⁵⁶ ? Certains auteurs excluent cette hypothèse « au motif qu'une pareille relation est issue d'un acte unilatéral et non d'un contrat »⁶⁵⁷. En effet, l'administrateur peut demander la continuation des contrats en cours lorsqu'ils sont indispensables à l'activité professionnelle du débiteur⁶⁵⁸. Lorsqu'un administrateur n'a pas été désigné, le débiteur peut exiger la poursuite des contrats en cours avec l'accord du mandataire judiciaire. Toutefois, le contrat doit être nécessaire à la poursuite de l'activité professionnelle du débiteur. Or, l'article L. 526-12 du code de commerce dispose que le patrimoine affecté « est composé de l'ensemble des biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle ». En d'autres termes, tous les biens nécessaires à l'activité professionnelle de l'EIRL doivent être affectés et non faire l'objet de contrat entre les patrimoines de ce dernier.

Cependant, l'hypothèse d'une créance entre patrimoines peut être admise. L'EIRL peut mettre des fonds à la disposition de son patrimoine affecté sans idée d'affectation. Dans ce cas, l'ordonnance

⁶⁵⁶ V. aussi, en ce qui concerne le régime des contrats en cours en droit de l'OHADA, art. 107 et s. AUPC.

⁶⁵⁷ Toutefois, le contraire peut être soutenu car en droit français, le seul acte juridique bénéficiant d'un régime général est le contrat et il est d'usage de transposer ce régime général aux actes unilatéraux.

⁶⁵⁸ En effet, l'art. L. 622-13, II, C. com. dispose que « l'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant du débiteur.

Au vu des documents prévisionnels dont il dispose, l'administrateur s'assure, au moment où il demande l'exécution du contrat, qu'il disposera des fonds nécessaires pour assurer le paiement en résultant. S'il s'agit d'un contrat à exécution ou paiement échelonnés dans le temps, l'administrateur y met fin s'il lui apparaît qu'il ne disposera pas des fonds nécessaires pour remplir les obligations du terme suivant ».

reste muette, mais à la lecture à *contrario* de l'article de L. 651-2⁶⁵⁹ du code de commerce, on pourrait être tenté de considérer que l'EIRL peut « participer aux répartitions au titre d'une créance née au profit de son patrimoine non affecté puisque cette possibilité est expressément exclue lorsqu'il s'agit de répartir les sommes qu'il a été condamné à verser au titre d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif »⁶⁶⁰.

Toutefois, à l'égard des tiers et relativement au patrimoine soumis à la procédure collective, les règles relatives à la continuation des contrats en cours s'appliquent conformément aux prescriptions des articles L. 680-4⁶⁶¹ et L. 680-5⁶⁶² du code de commerce. Mais, sont exclus des règles de la continuation des contrats en cours les contrats conclus avec l'EIRL qui n'intéressent pas le patrimoine soumis à la procédure collective. Dès lors, comme le souligne certains auteurs, la mise en demeure du débiteur dans ce cas « manque de pertinence » et le silence gardé sur cette mise en demeure n'entraîne pas la résiliation du contrat conclu au titre d'un autre patrimoine que celui soumis à la procédure collective⁶⁶³.

659 Selon l'art. L. 651-2, al. 4, C. com., « les sommes versées par les dirigeants ou l'EIRL entrent dans le patrimoine du débiteur. Elles sont réparties au marc le franc entre tous les créanciers. Les dirigeants ou l'EIRL ne peuvent pas participer aux répartitions à concurrence des sommes au versement desquelles ils ont été condamnés ».

660 Ph. Pétel, L'adaptation des procédures collectives à l'EIRL, JCP E 2011, p. 1071, n° 12.

661 Selon cette disposition, « sauf dispositions contraires, les références faites par les titres Ier à VI du présent livre au débiteur, à l'entreprise, au contrat, au cocontractant s'entendent, respectivement :

- du débiteur en tant qu'il exerce l'activité en difficulté et est titulaire du patrimoine qui se rattache à celle-ci, à l'exclusion de tout autre ;

- de l'entreprise exploitée dans le cadre de l'activité en difficulté ;

- si un patrimoine est affecté à l'activité en difficulté, du contrat passé à l'occasion de l'exercice de cette activité ou, si l'activité est exercée sans affectation de patrimoine, du contrat passé en dehors du ou des activités auxquelles un patrimoine est affecté ;

- du cocontractant ayant conclu le contrat mentionné au précédent alinéa », art. L. 680-4, C. com.

662 L'art. L. 680-5, C. com. précise que « lorsque les dispositions des titres Ier à VI du présent livre sont appliquées à raison d'une activité professionnelle exercée sans affectation de patrimoine, les éléments d'actif et de passif qui, le cas échéant, proviennent d'un patrimoine dont l'affectation a cessé de produire ses effets en application de l'article L. 526-15 sont considérés comme étant hors du patrimoine non affecté. Cette exclusion prend fin dès lors que les créances ayant composé l'ancien patrimoine sont éteintes.

Le présent article n'est pas applicable si l'exercice de l'activité à laquelle le patrimoine était affecté s'est poursuivi après la cessation de l'affectation ».

663 V. à ce propos, P-M Le Corre qui souligne à juste titre que « rien n'interdira au contractant de se prévaloir du non-paiement d'un loyer afférent à une jouissance antérieure au jugement d'ouverture pour obtenir, même après le jugement d'ouverture, la résiliation du contrat », P-M. Le Corre, L'heure de vérité de l'EIRL : le passage sous la toise du droit des entreprises en difficulté, Réc. D. 2011, p. 91 et s.

2. La possibilité d'une pluralité de procédures

354. La loi sur l'EIRL rend possible l'ouverture de plusieurs procédures collectives à l'égard de celui-ci⁶⁶⁴. Cette loi permet à l'EIRL d'avoir plusieurs patrimoines affectés à ses activités professionnelles. Dès lors, en cas de difficultés touchant ses activités professionnelles, l'article L. 680-1 du code de commerce dispose que le droit des procédures s'applique patrimoine par patrimoine⁶⁶⁵.

L'EIRL peut être soumis en même temps à plusieurs procédures collectives lorsque ses activités professionnelles exercées au titre de ses patrimoines sont en difficultés. Les patrimoines affectés de l'EIRL sont autonomes et les dispositions des articles L. 680-1 et suivants du code de commerce s'appliquent patrimoine par patrimoine. Dans l'hypothèse où il exerce deux activités professionnelles sous le statut de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée, il peut être soumis, par exemple, à une procédure de sauvegarde pour l'un de ses patrimoines et pour l'autre à une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

Cette application distributive du droit des procédures collectives aux différents patrimoines de l'entrepreneur individuel est la conséquence de la volonté du législateur français de vouloir cantonner le passif, et bien évidemment l'actif, de chaque patrimoine affecté à l'activité exercée sous le statut de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée. La pluralité des patrimoines conduit à la pluralité de procédures collectives⁶⁶⁶. Le rapport présenté au Président de la République précisait à cet effet qu'« il faut permettre à l'EIRL de bénéficier d'autant de procédures collectives qu'il a de patrimoines abritant une activité professionnelle ».

La logique de patrimoine d'affectation permet désormais à l'entrepreneur individuel qui exerce son activité sous le statut de l'EIRL d'être soumis en même temps à plusieurs procédures collectives, remettant ainsi en cause le principe selon lequel « procédure sur procédure ne vaut »⁶⁶⁷. Ce principe a été posé par la jurisprudence sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985. Elle a été consacrée législativement par l'article L. 620-2, alinéa 2, du code de commerce, issue de la rédaction que lui a donnée la loi du 26 juillet 2005, selon lequel « il ne peut être ouvert de nouvelle procédure de

⁶⁶⁴ La loi du 15 juin 2010 avait prévu pour ce dernier la possibilité d'affecter plusieurs patrimoines à autant d'activités professionnelles qu'il en exerce à partir du 1er janvier 2013.

⁶⁶⁵ Les procédures collectives peuvent être ouverte l'une « contre l'EIRL, l'autre au titre de l'activité exercée au titre du patrimoine non affecté, voire l'ouverture d'une procédure collective par EIRL, qui peut, en outre, se combiner avec l'ouverture d'une procédure collective au titre du patrimoine non affecté ». P.-M. Le Corre, *L'heure de vérité de l'EIRL : le passage sous la toise du droit des entreprises en difficulté*, op. cit., p. 91 et s.

⁶⁶⁶ F. Vauvillé, *La procédure collective de l'EIRL, Premières vues sur l'ordonnance du 9 décembre 2010*, *Deffrénois*, 30 janvier 2011 n° 2, p. 137 et s.

⁶⁶⁷ Com. 11 déc. 2001, n° 99-10.238, *NPT* ; D. 2002. 2523, note A. Perdriau et F. Derrida. V. aussi Paris, 3e ch. A, 16 oct. 2007, RG n° 07/02111, *Act. proc. coll.* 2008/3, n° 40.

sauvegarde à l'égard d'une personne déjà soumise à une telle procédure, ou à une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, tant qu'il n'a pas été mis fin aux opérations du plan qui en résulte ou que la procédure de liquidation n'a pas été clôturée »⁶⁶⁸.

Dès lors, l'article L. 620-2 du code de commerce permet de déroger à l'interdiction d'ouvrir une procédure collective à l'égard d'une personne déjà soumise à une procédure de sauvegarde ou à un plan. La même dérogation est également prévue par les articles L. 631-2 et L. 640-2 du code de commerce respectivement pour le redressement judiciaire et la liquidation judiciaire. Selon la première de ces dispositions, « à moins qu'il ne s'agisse de patrimoines distincts d'un EIRL, il ne peut être ouvert de nouvelle procédure de redressement judiciaire à l'égard d'un débiteur soumis à une telle procédure, à une procédure de sauvegarde ou à une procédure de liquidation judiciaire, tant qu'il n'a pas été mis fin aux opérations du plan qui en résulte ou que la procédure de liquidation n'a pas été clôturée »⁶⁶⁹. Cette dérogation est reprise, pour la liquidation judiciaire, par l'article L. 640-2 du code de commerce qui précise aussi que « à moins qu'il ne s'agisse de patrimoines distincts d'un EIRL, il ne peut être ouvert de nouvelle procédure de liquidation judiciaire à l'égard d'un débiteur soumis à une telle procédure tant que celle-ci n'a pas été clôturée ou à une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, tant qu'il n'a pas été mis fin aux opérations du plan qui en résulte »⁶⁷⁰.

355. De plus, la distinction des patrimoines de l'EIRL emporte des conséquences également sur les règles régissant les conditions d'ouverture lorsque l'EIRL était, antérieurement, soumis à une procédure collective sur l'un de ses patrimoines. La rédaction antérieure de l'article L. 621-1 du code de commerce prévoyait que lorsque le débiteur avait bénéficié d'un mandat ad hoc ou d'une procédure de conciliation dans les dix-huit mois, la demande d'ouverture d'une procédure de sauvegarde doit être examinée en présence du ministère public. L'ordonnance de décembre 2010 écarte cette disposition lorsqu'elle concerne un autre patrimoine de l'EIRL. La nouvelle version de l'article L. 621-1 du code de commerce précise que « l'ouverture d'une procédure de sauvegarde à l'égard d'un débiteur qui bénéficie ou a bénéficié d'un mandat ad hoc ou d'une procédure de conciliation dans les dix-huit mois qui précèdent doit être examinée en présence du ministère public, à moins qu'il ne s'agisse de patrimoines distincts d'un EIRL »⁶⁷¹. Toutefois, lorsque le patrimoine au titre de laquelle l'ouverture de la procédure de sauvegarde a été demandée avait fait l'objet d'un mandat ad hoc ou d'une procédure de conciliation, il nous semble que la présence du ministère public devient obligatoire car l'exception prévue par l'article L. 621-1 du code de commerce ne

⁶⁶⁸ P.-M. Le Corre, *L'heure de vérité de l'EIRL : le passage sous la toise du droit des entreprises en difficulté*, op. cit., p. 91 et s.

⁶⁶⁹ Art. L. 631-2, al. 2, C. com.

⁶⁷⁰ Art. L. 640-2, al. 2, C. com.

⁶⁷¹ Art. L. 621-1, al. 4, C. com.

s'applique que lorsque le patrimoine pour lequel l'ouverture de la sauvegarde est demandée est différent de celui qui avait fait l'objet d'un mandat ad hoc ou d'une procédure de conciliation.

356. Le cantonnement des patrimoines emporte également des conséquences sur les droits des créanciers en cas de pluralité de procédures collectives ouvertes à l'égard de l'EIRL au titre de ses patrimoines. L'article L. 680-3 du code de commerce apprécie les droits des créanciers en tenant compte de l'existence de la pluralité de patrimoines et de leur cloisonnement. Ainsi, c'est au regard des éléments d'actifs et du passif de chaque patrimoine de leur débiteur soumis à la procédure collective que leurs droits et obligations sont appréciés⁶⁷². Dans l'hypothèse où un ou des créanciers seront concernés par plusieurs patrimoines d'affectation, ils devront, dans chacune des procédures déclarer leurs créances en les ventilant. Dès lors, les droits des créanciers seront traités de manière indépendante⁶⁷³.

De plus, la pluralité de patrimoines imposant de « raisonner patrimoine par patrimoine rend désormais possible l'ouverture de deux procédures de nature différente, l'une pour le patrimoine affecté, l'autre pour le patrimoine non affecté »⁶⁷⁴.

B. Le cantonnement des droits des créanciers en cas de difficultés généralisées de l'EIRL

357. Le droit français ne connaît pas de régime général de l'insolvabilité d'un débiteur ; il connaît plusieurs régimes de traitement des difficultés en fonction de la situation du débiteur. Lorsque l'EIRL rencontre des difficultés généralisées au titre de ses patrimoines, il est fait une application distributive des procédures de traitement des difficultés (1). Ce qui, toutefois, n'empêche pas qu'il y ait des interactions entre les différentes procédures (2).

1. L'application distributive des procédures de traitement des difficultés

358. De manière schématique, le droit français dissocie les règles applicables aux professionnels de celles applicables aux non professionnels. Il en résulte que les créanciers professionnels de

⁶⁷² Il en est de même pour le régime des créances postérieures éligibles au traitement préférentiel qui n'intéresse que les créances se rattachant au patrimoine concerné par la procédure collective.

⁶⁷³ Comme le souligne S. Piedelièvre, « lorsqu'il existe des créanciers de plusieurs patrimoines d'affectation soumis à des procédures collectives, ils devront ventiler leurs créances et produire dans chacune des procédures. De manière plus générale, si plusieurs procédures sont ouvertes, chacune devra, du moins en principe, être traitée de manière indépendante. Leur issu pourra donc différer », S. Piedelièvre, *L'EIRL et le droit des procédures collectives*, LPA, 4 fév. 2011, n° 25, p. 7 et s, n° 12.

⁶⁷⁴ F. Vauvillé, *La procédure collective de l'EIRL*, Premières vues sur l'ordonnance du 9 décembre 2010, op. cit., p. 137 et s.

l'entrepreneur individuel sont soumis à la procédure collective (a) et les créanciers personnels sont soumis aux procédures de traitement des situations de surendettement (b).

a. La soumission des créanciers professionnels à la procédure collective

359. L'article L. 680-1 du code de commerce pose le principe de l'application distributive des procédures de traitement des difficultés de l'EIRL. Aux termes dudit article, « lorsque les dispositions des titres Ier à VI du présent livre sont appliquées à raison des activités professionnelles exercées par un EIRL, elles le sont patrimoine par patrimoine ». Du principe énoncé par l'article L. 680-1 du code de commerce, il en résulte que lorsque l'EIRL est soumis à une procédure collective au titre de son patrimoine affecté, seuls les créanciers dont les droits sont nés à l'occasion de l'exercice de l'activité à laquelle le patrimoine est affecté⁶⁷⁵ sont concernés par ladite procédure. Cette analyse est confortée par l'article L. 680-3 du code de commerce qui précise que « les dispositions des titres Ier à VI du présent livre qui intéressent les droits ou obligations des créanciers du débiteur EIRL s'appliquent, sauf dispositions contraires, dans les limites du seul patrimoine affecté à l'activité en difficulté ou, si l'activité est exercée sans affectation de patrimoine, du seul patrimoine non affecté ».

Les créanciers professionnels sont soumis à la procédure collective qu'elle ait ou non pour objet le patrimoine d'affectation. Ainsi, les créanciers dont les droits sont nés à l'occasion de l'activité professionnelle en difficulté, voient leurs droits atteints par l'interdiction des paiements, l'arrêt des poursuites individuelles, l'arrêt du cours des intérêts et l'interdiction des inscriptions. Seuls ces créanciers sont soumis aux contraintes de la vérification des créances et d'un éventuel plan de sauvegarde ou de redressement.

Seuls eux peuvent également demander l'ouverture d'une procédure collective à l'égard de leur débiteur. Les créanciers professionnels peuvent assigner l'entrepreneur individuel en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire lorsqu'ils estiment que ce dernier est en cessation des paiements⁶⁷⁶. En principe, cette demande doit être intentée en dehors de toute autre demande. Toutefois, l'article R. 631-2, alinéa 2 du code de commerce dispose que « la demande d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire est à peine d'irrecevabilité, qui doit être soulevée d'office, exclusive de toute autre demande relative au même patrimoine, à l'exception d'une demande d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire formée à titre subsidiaire ». La demande tendant à assigner l'entrepreneur individuel en redressement judiciaire et subsidiairement en paiement est irrecevable. Mais cette interdiction du subsidiaire ne joue pas à l'égard de l'EIRL

⁶⁷⁵ Art. L. 526-12-1°, C. com.

⁶⁷⁶ L'art. L. 631-5, al. 2, C. com. dispose que « la procédure peut aussi être ouverte sur l'assignation d'un créancier, quelle que soit la nature de sa créance ».

lorsque la demande principale en redressement vise un patrimoine de l'entrepreneur individuel et que la demande subsidiaire en paiement intéresse un autre patrimoine de ce débiteur⁶⁷⁷. Sur ce point également les droits des créanciers sont traités de manière indépendante. Le créancier peut dès lors assigner son débiteur en redressement ou en liquidation judiciaire au titre de son patrimoine affecté et l'assigner subsidiairement au titre de son autre patrimoine.

360. Toutefois, les créanciers dont les droits ne portent que sur le patrimoine non affecté ne sont pas concernés par la procédure collective. Ils ne seront pas soumis à la discipline collective et « n'auront par exemple pas besoin de déclarer leurs créances, lorsque l'EIRL sera soumis à une procédure collective pour son patrimoine affecté... sauf à ce que ces créanciers aient des droits à faire valoir sur ce dernier patrimoine, tel que le droit qui leur est reconnu sur le bénéfice réalisé lors du dernier exercice clos par l'article L. 526-12 in fine, en cas d'insuffisance du patrimoine non affecté »⁶⁷⁸ Ce qui semble peu probable d'autant plus l'activité professionnelle qui était censé produire le bénéfice sur lequel ils pourraient faire valoir leurs droits est en difficulté.

361. Seuls les créanciers du patrimoine affecté seront concernés par l'adoption du plan de sauvegarde ou de redressement. Au regard de l'article L. 680-2 du code de commerce, on suppose que l'adoption du plan de sauvegarde ou de redressement ne concerne que les biens, droits et obligations du patrimoine dans lequel se trouve logée l'entreprise qu'il est question de sauvegarder ou de redresser. Les biens contenus dans le ou les autres patrimoines de l'EIRL ne sont pas frappés par les mesures d'insaisissabilité ou d'inaliénabilité. Les biens déclarés inaliénables ne peuvent être que ceux compris dans le patrimoine au sein duquel est exploitée l'entreprise individuelle dont la sauvegarde ou le redressement est recherché.

362. Il en va aussi de même en ce qui concerne la cession de l'entreprise individuelle. Elle ne concerne que les biens et contrats se rattachant à l'activité professionnelle soumise à la procédure collective. L'article L. 642-3 du code de commerce précise que l'EIRL ne peut présenter une offre de cession « au titre de l'un quelconque de ses patrimoines » pour le compte d'un patrimoine autre que celui visé par la procédure collective⁶⁷⁹ même lorsqu'il s'agit d'une exploitation agricole⁶⁸⁰. En cas

⁶⁷⁷ V. à ce propos P.-M. Le Corre qui estime qu'il est « possible pour un créancier d'assigner en paiement le débiteur pour qu'il réponde de dettes de son patrimoine non affecté, et simultanément d'assigner en redressement judiciaire, sur le fondement de créances se rattachant à l'exploitation de l'EIRL, le débiteur au titre de son entreprise à responsabilité limitée. D'une part, la ratio legis de la règle de l'interdiction du subsidiaire n'est nullement atteinte et, d'autre part, les demandes présentées ne sont pas principales pour l'une, subsidiaire pour l'autre. Elles sont cumulatives. Dès lors, de telles demandes ne sauraient être considérées comme frappées d'une fin de non-recevoir », P.-M. Le Corre, . L'heure de vérité de l'EIRL : le passage sous la toise du droit des entreprises en difficulté, op. cit., p. 91 et s.

⁶⁷⁸ B. Dondero, EIRL - Duo in carne una . - À propos de l'ordonnance du 9 décembre 2010, op. cit., p. 1261 et s.

⁶⁷⁹ V. art. L. 642-3, al. 1, C. com. qui dispose que « ni le débiteur, au titre de l'un quelconque de ses patrimoines, ni les dirigeants de droit ou de fait de la personne morale en liquidation judiciaire, ni les parents ou alliés jusqu'au deuxième degré inclusivement de ces dirigeants ou du débiteur personne physique, ni les personnes ayant ou ayant eu la qualité de

.../...

de non-respect de l'interdiction prévue au premier alinéa de l'article L. 642-3 du code de commerce, l'acte de cession est annulable⁶⁸¹.

b. La soumission des créanciers personnels à la procédure de surendettement

363. Le cloisonnement des patrimoines conduit au cantonnement des procédures de traitement des difficultés auxquelles l'EIRL pourrait être soumis. Les créanciers personnels sont soumis à la procédure de traitement des situations de surendettement. En effet, selon l'article L. 333-3 du Code de la consommation, « les dispositions du présent titre ne s'appliquent pas lorsque le débiteur relève des procédures instituées par le livre VI du code de commerce »⁶⁸². En d'autres termes, les procédures de traitement des situations de surendettement ne s'appliquent pas aux débiteurs pouvant bénéficier d'une procédure de sauvegarde, ce qui vise les commerçants, les artisans, les agriculteurs et les membres des professions libérales.

Toutefois, compte tenu du cloisonnement des patrimoines de l'EIRL, l'ouverture d'une procédure de surendettement au titre de son patrimoine personnel est possible dans la mesure où il ne comprend, en principe, que des dettes non professionnelles. Selon l'article L. 330-1 du Code de la consommation, « la situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir ainsi qu'à l'engagement qu'il a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur ou d'une société dès lors qu'il n'a pas été, en droit ou en fait, dirigeant de celle-ci ».

364. Pour adapter la situation créée par l'affectation patrimoniale au droit du surendettement, l'ordonnance du 9 décembre 2010⁶⁸³ vient consacrer dans le code de la consommation de nouvelles

contrôleur au cours de la procédure ne sont admis, directement ou par personne interposée, à présenter une offre. De même, il est fait interdiction à ces personnes d'acquérir, dans les cinq années suivant la cession, tout ou partie des biens compris dans cette cession, directement ou indirectement, ainsi que d'acquérir des parts ou titres de capital de toute société ayant dans son patrimoine, directement ou indirectement, tout ou partie de ces biens, ainsi que des valeurs mobilières donnant accès, dans le même délai, au capital de cette société ».

680 Toutefois, l'art. L. 642-3, al. 2, C. com. indique que « lorsqu'il s'agit d'une exploitation agricole, le tribunal peut déroger à ces interdictions et autoriser la cession à l'une des personnes visées au premier alinéa, à l'exception des contrôleurs et du débiteur au titre de l'un quelconque de ses patrimoines. Dans les autres cas et sous réserve des mêmes exceptions, le tribunal, sur requête du ministère public, peut autoriser la cession à l'une des personnes visées au premier alinéa par un jugement spécialement motivé, après avoir demandé l'avis des contrôleurs ».

681 En effet, l'art. L. 642-3, al. 3, C. com. précise que « tout acte passé en violation du présent article est annulé à la demande de tout intéressé ou du ministère public, présentée dans un délai de trois ans à compter de la conclusion de l'acte. Lorsque l'acte est soumis à publicité, le délai court à compter de celle-ci ».

682 Art. L. 333-3, al. 1, C. consomm.

683 Ord. n° 2010-1512 du 9 décembre 2010 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

« dispositions particulières au traitement de la situation de surendettement d'un EIRL »⁶⁸⁴. Les modifications ainsi apportées au code de la consommation, en son titre relatif aux procédures de surendettement, sont beaucoup plus restreintes. Selon le nouvel article L. 333-7, alinéa 2, les mesures de traitement des situations de surendettement s'appliquent « à raison d'une situation de surendettement résultant uniquement de dettes non professionnelles ». Dans ce cas, les dispositions qui intéressent les biens, droits et obligations du débiteur doivent être comprises, sauf dispositions contraires, comme visant les seuls éléments du patrimoine non affecté. Celles qui intéressent « les droits et obligations des créanciers du débiteur s'appliquent dans les limites du seul patrimoine non affecté ». Ainsi, le nouveau chapitre créé pose le principe selon lequel un entrepreneur individuel peut faire l'objet, pour son patrimoine non affecté et à raison du surendettement résultant uniquement de dettes non professionnelles, d'une procédure de surendettement visée par le code de la consommation, et ce alors même que l'EIRL serait soumis pour ses autres patrimoines, à l'une des procédures de traitement des difficultés des entreprises organisées par le code de commerce.

Les autres conditions doivent cependant être réunies pour que l'EIRL soit soumis au droit du surendettement au titre de son patrimoine personnel. L'article L. 330-1 du code de la consommation précise que l'EIRL doit être dans une situation d'insolvabilité au titre de son patrimoine non affecté⁶⁸⁵. La solvabilité du patrimoine affecté n'emporte aucune conséquence sur la recevabilité de la demande. Seul le patrimoine non affecté est pris en considération au moment de la recevabilité de la demande. L'article L. 330-1 dudit Code précise que « le seul fait d'être propriétaire de sa résidence principale ne peut être tenu comme empêchant que la situation de surendettement soit caractérisée ». L'EIRL doit également être de bonne foi⁶⁸⁶. La mauvaise foi constitue, en effet, une cause d'irrecevabilité au moment de la demande⁶⁸⁷. Elle entraîne également la déchéance lorsqu'elle est constatée au cours de la procédure de surendettement.

Pour bénéficier des mesures de traitement du surendettement, l'EIRL doit procéder « à une déclaration de constitution du patrimoine affecté conformément à l'article L. 526-7⁶⁸⁸ du code de

⁶⁸⁴ V. le titre III du livre III du Code de la consommation comprend désormais un chapitre 3 bis.

⁶⁸⁵ Dès lors, si des biens communs sont affectés, ceux-ci seront soustraits de l'appréciation d'ensemble de la situation financière du couple, mais cela ne rend pas leur dossier irrecevable, v. V. Legrand, Le conjoint commun en biens de l'entrepreneur et patrimoine d'affectation : réconciliation de la vie professionnelle et de la famille ? LPA 3 juin 2014, n° 110, p. 86 et s.

⁶⁸⁶ V. art. L. 333-2, C. consom.

⁶⁸⁷ On notera cependant que le fait de se déclarer EIRL peu de temps avant de déposer une demande de traitement de son surendettement, a été assimilé, par la Cour de cassation, à de la mauvaise foi excluant l'intéressé du bénéfice de la procédure, Cass. 2e civ. 26 sept. 2013, n° 12-22704, D.

⁶⁸⁸ L'art. L. 526-7, C. com. prévoit que le dépôt de la déclaration doit être effectué soit, « au registre de publicité légale auquel l'entrepreneur est tenu de s'immatriculer » (registre du commerce et des sociétés pour les commerçants ou répertoire des métiers pour les artisans), soit en cas de double immatriculation (commerçant ayant également une

.../...

commerce »⁶⁸⁹. Le défaut de déclaration de constitution entraîne le rejet de la demande. A la lecture de l'article L. 333-7 du Code de la consommation, il en ressort que les règles traitant du surendettement de l'EIRL, insérées au Titre III intitulé « Traitement des situations de surendettement », ne s'appliquent pas au débiteur qui n'a pas procédé à la déclaration de constitution, conformément à l'article L. 526-7 précité⁶⁹⁰.

Cette exclusion de l'EIRL au bénéfice des mesures de traitement des situations de surendettement s'applique également en cas de renonciation de ce dernier à l'affectation. L'entrepreneur individuel « qui a procédé à la déclaration de constitution, conformément à l'article L. 526-7 précité, puis a renoncé totalement à cette affectation patrimoniale, tout en continuant d'exploiter cette activité commerciale, agricole artisanale ou libérale en nom propre ne peut plus bénéficier d'une procédure de surendettement, par application de l'article L. 333-3 du Code de la consommation »⁶⁹¹. L'article L. 680-5 du code de commerce dispose que « les éléments d'actif et de passif qui, le cas échéant, proviennent d'un patrimoine dont l'affectation a cessé de produire ses effets en application de l'article L. 526-15 sont considérés comme étant hors du patrimoine non affecté ». Dès lors que l'EIRL continue l'exploitation de son activité professionnelle après la renonciation, son passif professionnel doit relever du droit des entreprises en difficulté, que l'intéressé exploite une activité commerciale, artisanale, agricole ou libérale. Toutefois, l'entrepreneur individuel ayant cessé son activité professionnelle pourra bénéficier d'une procédure de surendettement pour ses dettes domestiques « dès lors que les créances ayant composé l'ancien patrimoine sont éteintes ».

Ainsi, les dettes domestiques visées par la procédure de surendettement s'apprécient par rapport au passif professionnel. La jurisprudence a eu à rappeler la définition du passif professionnel. Selon la Cour de cassation « les dettes professionnelles s'entendent des dettes nées pour les besoins ou au titre d'une activité professionnelle ». Ainsi, pour que la dette soit qualifiée de professionnel, il faut

activité artisanale par ex.), le dépôt de la déclaration doit être effectué auprès « du registre de publicité légale choisi par l'EIRL » mais, « dans ce cas une mention en est portée à l'autre registre ». Pour les EIRL qui ne sont pas tenus de s'immatriculer (professionnels libéraux, auto-entrepreneurs), le dépôt de la déclaration doit être réalisé à un registre tenu au greffe du tribunal statuant en matière commerciale du lieu de leur établissement principal. Pour les agriculteurs, le dépôt se fait auprès de la chambre d'agriculture compétente. Ainsi, l'absence de publication au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales ou dans un journal d'annonces légales de ladite déclaration ne participe pas à une meilleure information des tiers sur l'étendue de leur droit.

⁶⁸⁹ Selon l'art. L. 333-7, al. 1, C. consom. « les dispositions du présent titre sont applicables au débiteur qui a procédé à une déclaration de constitution de patrimoine affecté conformément à l'article L. 526-7 du code de commerce, sous les réserves énoncées par le présent article ».

⁶⁹⁰ Toutefois, seul l'EIRL serait visé et non son conjoint, nous semble-t-il, ce dernier pouvant toujours bénéficier d'une procédure de surendettement, les sanctions s'apprécient personnellement.

⁶⁹¹ M. Douaoui-Chamseddine, L'adaptation du droit du surendettement à l'EIRL, JCP E, n° 6, 10 fév. 2011, 1116, n° 14.

qu'elle ait un lien avec l'activité professionnelle. Par déduction, toute dette qui n'a pas de lien (directement ou indirectement) avec l'activité professionnelle de l'EIRL est une dette domestique. De plus, l'article L. 333-7 du Code de la consommation vise les dettes non professionnelles nées au titre du patrimoine non affecté⁶⁹². Et, les droits des créanciers personnels ne peuvent s'exercer que sur ce patrimoine non affecté. Ce qui, en soi donne aux droits et obligations nés au titre de ce patrimoine un caractère non professionnel, en l'absence d'activité professionnelle exercée sous ce patrimoine.

365. Cependant, les dettes professionnelles de l'EIRL nées au titre de son patrimoine non affecté ne sont pas pris en compte dans l'appréciation de l'état d'endettement, alors que « le caractère professionnel d'une dette n'emportait pas l'exclusion des mesures de traitement du surendettement, de sorte que ces dettes étaient incluses dans l'élaboration d'un plan de surendettement »⁶⁹³. L'article L. 333-1 du Code de la consommation vise les dettes pouvant faire l'objet « d'une remise, d'un rééchelonnement ou d'un effacement, sans distinguer celles de nature professionnelle ou non⁶⁹⁴ ». Or, le nouvel article L. 333-7 du code de la consommation exclut toute dette professionnelle des mesures de traitement du surendettement de l'entrepreneur individuel au titre de son patrimoine non affecté⁶⁹⁵. Toutefois, la prise en compte d'une dette professionnelle dans l'appréciation de l'état de surendettement est admise lorsqu'elle résulte d'un engagement « donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société »⁶⁹⁶. Ces dettes, fussent-elles professionnelles sont pris en compte dans l'appréciation de l'état de surendettement du débiteur et son traitement⁶⁹⁷. Il en résulte que l'EIRL qui aurait cautionné ou acquitté les dettes d'un entrepreneur individuel ou d'une société peut bénéficier des mesures de traitement des situations de surendettement⁶⁹⁸. Mais, peut-il bénéficier des dispositions de l'article L. 330-1 du Code de la consommation lorsqu'il se porte caution de son patrimoine affecté sur son patrimoine non professionnel ? En principe, la réponse est négative car le cautionnement suppose le concours d'un

⁶⁹² V. art. L. 333-7, al. 2, C. consom.

⁶⁹³ M. Douaoui-Chamseddine, L'adaptation du droit du surendettement à l'EIRL, op. cit., n° 27.

⁶⁹⁴ Les seules exclusions expressément prévues par l'article L. 333-1 précité concernent les dettes alimentaires, les réparations pécuniaires allouées aux victimes dans le cadre d'une condamnation pénale et les amendes prononcées dans ce même cadre.

⁶⁹⁵ Avant l'entrée en vigueur de cette nouvelle ordonnance, il était admis que les dettes professionnelles pouvaient faire l'objet d'un plan de redressement.

⁶⁹⁶ Art. L. 330-1, al. 1, C. consom.

⁶⁹⁷ L'art. L. 332-9, al. 2, C. consom. précise à cet effet que « la clôture entraîne aussi l'effacement de la dette résultant de l'engagement que le débiteur a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société ».

⁶⁹⁸ Il en est de même de l'engagement du conjoint de cautionner ou de se porter caution solidaire du patrimoine affecté de son époux EIRL.

tiers. Le cautionnement à soi-même n'est pas consacré par la loi de juin 2010 relative à l'entreprise individuelle à responsabilité limitée. Une telle possibilité violerait le principe de la séparation des patrimoines.

2. L'interaction des procédures de traitement des difficultés

366. Le cloisonnement des patrimoines de l'EIRL n'empêche pas l'application simultanée du droit du surendettement et du droit des procédures collectives au titre de ses patrimoines affecté et non affecté. L'EIRL peut être soumis en même temps à une des procédures collectives pour son ou ses patrimoines affectés et à une procédure de surendettement pour son patrimoine domestique. Cette situation est expressément prévue par l'ordonnance de décembre 2010 qui modifie certaines dispositions du Code de la consommation afin d'assurer la coordination entre les deux procédures.

367. Malgré le cloisonnement des patrimoines voulus par le législateur français et qui se traduit par une application distributive des différentes procédures qui intéressent les patrimoines de l'EIRL, celles-ci ne s'excluent pas totalement. L'ordonnance impose à l'EIRL l'obligation d'informer la commission de surendettement de la procédure collective dont il fait l'objet au titre de son patrimoine affecté. Lorsqu'une procédure de surendettement est engagée devant la commission à la demande d'un EIRL, celui-ci indique, lors du dépôt du dossier, si une procédure collective est ouverte à son bénéficiaire et auprès de quelle juridiction. Toujours dans le même ordre d'idées, lorsqu'une procédure collective est ouverte au bénéfice du débiteur après le dépôt du dossier et avant, selon les cas, l'approbation du plan conventionnel de redressement prévu jusqu'à la décision imposant les mesures de l'article L. 331-7, jusqu'à l'homologation par le juge des mesures recommandées en application des articles L. 331-7-1, L. 331-7-2 et L. 332-5 ou jusqu'au jugement d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire, le débiteur en informe la commission de surendettement et indique auprès de quelle juridiction cette procédure a été ouverte.

Le but de cette information se conçoit aisément. Pour pouvoir mettre en place des mesures de traitement adaptées à la situation patrimoniale du débiteur en difficultés, la commission de surendettement doit prendre en considération, notamment, les perspectives de revenus professionnels du débiteur. Pour autant, toutes les questions ne sont pas résolues, loin s'en faut. D'importantes difficultés risquent d'apparaître en cas de décloisonnement des procédures où la personne de l'entrepreneur ne peut plus s'effacer derrière les patrimoines.

§ 2. LE CANTONNEMENT DES DROITS DES CREANCIERS PAR L'AFFECTATION FIDUCIAIRE

368. Dans la mesure où elle instaure un véritable patrimoine d'affectation, l'affectation fiduciaire fait sortir les biens transférés dans le patrimoine fiduciaire du patrimoine personnel de l'entrepreneur

individuel. En conséquence, en cas d'ouverture d'une procédure à l'encontre de l'entrepreneur individuel, la procédure n'affecte pas le patrimoine fiduciaire (A). Toutefois, le patrimoine fiduciaire n'est pas hors de la portée des créanciers de l'entrepreneur individuel en difficulté car certains créanciers peuvent exercer leurs droits sur ledit patrimoine (B).

A. L'exclusion du patrimoine fiduciaire de l'assiette de la procédure collective

369. L'affectation fiduciaire crée un véritable patrimoine d'affectation. Elle instaure un cloisonnement entre le patrimoine du constituant, et éventuellement celui du fiduciaire, et le patrimoine fiduciaire. En cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard du constituant ou du fiduciaire, le patrimoine fiduciaire échappe à l'assiette de la procédure. Comme nous l'avons souligné, les biens transférés par l'entrepreneur individuel dans le patrimoine fiduciaire échappent au gage général des créanciers du constituant puisque le contrat de fiducie opère un transfert de propriété du patrimoine de l'entrepreneur individuel au patrimoine fiduciaire. Ainsi, le patrimoine fiduciaire ne sera pas affecté par la procédure collective du constituant ou du fiduciaire (procédure de sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire justifiée au titre de son patrimoine personnel).

L'appréciation de la situation de cessation des paiements de l'entrepreneur individuel ayant mis une partie de ses biens dans un patrimoine fiduciaire se fera au regard des seuls éléments d'actifs et de passif de son patrimoine personnel. Les biens contenus dans le patrimoine fiduciaire étant sortis du patrimoine de l'entrepreneur individuel, le transfert de propriété opéré les exclut des biens à prendre en compte pour connaître la situation économique de ce dernier. Il en est de même pour le fiduciaire qui, selon les stipulations contractuelles, gère au profit de l'entrepreneur individuel le patrimoine fiduciaire en le tenant séparé de son patrimoine personnel. Parce qu'ils n'intègrent pas le patrimoine personnel du fiduciaire, les biens contenus dans le patrimoine fiduciaire ne sont pas non plus pris en compte dans l'appréciation de la situation économique de ce dernier⁶⁹⁹.

370. L'autonomie du patrimoine fiduciaire résultant du cloisonnement des patrimoines issu du contrat de fiducie rend impossible l'utilisation des biens fiduciaires aux fins de sauvegarder ou de redresser l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel. Lorsque la fiducie est constituée sans convention de mise à disposition des biens transférés dans le patrimoine fiduciaire⁷⁰⁰, les articles L. 622-13⁷⁰¹ et L. 631-14⁷⁰² du code de commerce qui concernent respectivement la sauvegarde et le

⁶⁹⁹ La disparition du fiduciaire (par dissolution) n'entraînera pas le partage ou la transmission des actifs du patrimoine fiduciaire avec ceux du patrimoine personnel.

⁷⁰⁰ En pratique, il en est ainsi dès lors que les actifs concernés sont des espèces ou des titres financiers

⁷⁰¹ Les dispositions de l'art. L. 622-13, C. com. qui organise le régime des contrats en cours dans la procédure de sauvegarde ne concernent pas « le contrat de fiducie, à l'exception de la convention en exécution de laquelle le débiteur conserve l'usage ou la jouissance de biens ou droits transférés dans un patrimoine fiduciaire ». Art. L. 622-13, VI, C. com.

redressement judiciaire précisent que le contrat de fiducie n'est pas un contrat en cours. En conséquence, le patrimoine fiduciaire est placé hors de la procédure. Cependant, l'article L. 622-7 du code de commerce apporte une dérogation à cette règle en cas de procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Selon ce texte, le juge-commissaire peut aussi autoriser l'entrepreneur individuel « à payer des créances antérieures au jugement, obtenir le retour de biens et droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire, lorsque ce retrait ou ce retour est justifié par la poursuite de l'activité »⁷⁰³. Ce retour des biens transférés dans le patrimoine fiduciaire contre paiement du créancier bénéficiaire n'est possible que dans la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire⁷⁰⁴.

371. Toutefois, lorsque le contrat de fiducie est assortie d'une convention de mise à disposition, les biens contenus dans le patrimoine fiduciaire sont supposés, dans ce cas, être utiles dans l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel. La convention de mise à disposition est soumise au régime des contrats en cours. Seule la convention de mise de mise à disposition est soumise aux dispositions de l'article L. 622-13 du code de commerce à l'exclusion du contrat de fiducie lui-même. Ainsi, les biens contenus dans le patrimoine fiduciaire sont englobés par le droit des procédures collectives, et le ou les créanciers bénéficiaires de la fiducie ne peuvent faire valoir leurs droits sur les biens transférés pendant la période d'observation et la durée du plan de sauvegarde ou de redressement, sous réserve qu'il soit respecté par l'entrepreneur individuel⁷⁰⁵.

En revanche, en cas d'adoption d'un plan de cession, le ou les créanciers bénéficiaires de la fiducie retrouvent leurs droits sur les biens contenus dans le patrimoine fiduciaire. L'article L. 642-7 du code de commerce dispose que « la convention en exécution de laquelle le débiteur constituant conserve l'usage ou la jouissance de biens ou droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire ne peut être cédée au cessionnaire, sauf accord des bénéficiaires du contrat de fiducie »⁷⁰⁶. A défaut d'accord, le créancier bénéficiaire retrouve son droit de réaliser sa garantie⁷⁰⁷. En cas

702 Selon cette disposition, « lorsque la procédure de redressement judiciaire a été ouverte en application du troisième alinéa de l'article L. 626-27 et que le débiteur a transféré des biens ou droits dans un patrimoine fiduciaire avant l'ouverture de la procédure de sauvegarde ayant donné lieu au plan résolu, la convention en exécution de laquelle celui-ci conserve l'usage ou la jouissance de ces biens ou droits n'est pas soumise aux dispositions de l'article L. 622-13 et les dispositions de l'article L. 622-23-1 ne sont pas applicables ». Art. L. 631-14, al. 5, C. com.

703 Art. L. 622-7, II, al. 2, C. com.

704 À défaut de paiement, le créancier conserve son droit de poursuite sur le patrimoine fiduciaire.

705 En fait, si l'entrepreneur individuel ne respecte pas le plan adopté, le créancier ou les créanciers bénéficiaires recouvrent leurs droits de réaliser les biens fiduciaires. V. à cet effet, art. L. 626-27, al. 2 et 3, C. com. et art. L. 631-14, al. 4, C. com.

706 Art. L. 642-7, al. 6, C. com.

707 A cet effet, le créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté est plus avantagé que le créancier hypothécaire puisque celui-ci peut « recouvrer en exclusivité le montant de sa créance, alors que le créancier hypothécaire pourra voir sa

.../...

d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire, il retrouve également la liberté de réaliser sa garantie⁷⁰⁸. Lorsqu'il s'agit d'une fiducie-gestion, l'ouverture ou le prononcé de la liquidation judiciaire entraîne la résiliation de l'affectation fiduciaire et les biens contenus dans le patrimoine fiduciaire retournent dans le patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel⁷⁰⁹.

372. Contrairement au créancier bénéficiaire de la fiducie-sûreté dont les droits sont préservés par l'efficacité du mécanisme de la fiducie, les créanciers personnels de l'entrepreneur individuel voient leurs droits cantonnés par la procédure collective de leur débiteur.

B. Les droits des créanciers de l'entrepreneur individuel sur le patrimoine fiduciaire

373. Seuls les créanciers au profit de qui le patrimoine fiduciaire a été constitué peuvent prétendre exercer des droits sur ledit patrimoine en cas de défaillance de l'entrepreneur individuel. Le Code civil prévoit à cet effet les modes de réalisation de l'affectation fiduciaire en cas de défaillance du constituant en distinguant selon que le fiduciaire est le créancier bénéficiaire ou non de la fiducie. L'article 2372-3 du Code civil précise à cet effet que « à défaut de paiement de la dette garantie et sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le fiduciaire, lorsqu'il est le créancier, acquiert la libre disposition du bien ou du droit cédé à titre de garantie »⁷¹⁰. Toutefois, lorsque le fiduciaire n'est pas le bénéficiaire de la fiducie, ce dernier « peut exiger de lui la remise du bien, dont il peut alors librement disposer, ou, si le contrat de fiducie le prévoit, la vente du bien ou du droit cédé et la remise de tout ou partie du prix »⁷¹¹. Cependant, le Code civil précise que « la valeur du bien ou du droit cédé est déterminée par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement »⁷¹², sauf pour les meubles « si elle résulte d'une cotation officielle sur un marché organisé au sens du code monétaire et financier ou si le bien est une somme d'argent »⁷¹³. Le créancier bénéficiaire de la fiducie ne doit pas s'enrichir indument de la réalisation de sa garantie. En tout état de cause « toute clause contraire est réputée non écrite »⁷¹⁴. Lorsque la valeur des biens contenus dans le patrimoine fiduciaire excède

garantie réduite à néant si l'immeuble compris dans le plan de cession est cédé pour un prix symbolique », G. Amlon, J. cl. Procédures collectives, 2014, n° 186.

⁷⁰⁸ Art. L. 641-11-1, VI, C. com.

⁷⁰⁹ Aux termes de cette disposition, « si le débiteur est constituant et seul bénéficiaire d'un contrat de fiducie, l'ouverture ou le prononcé d'une liquidation judiciaire à son égard entraîne la résiliation de plein droit de ce contrat et le retour dans son patrimoine des droits, biens ou sûretés présents dans le patrimoine fiduciaire ».

⁷¹⁰ Art. 2372-3, al. 1 et 2488-3, al. 1, C. civ.

⁷¹¹ Art. 2372-3, al. 2 et 2488-3, al. 2, C. civ.

⁷¹² Art. 2372-3, al. 3 et 2488-3, al. 3, C. civ.

⁷¹³ Art. 2372-3, al. 3, C. civ.

⁷¹⁴ Art. 2372-3, al. 3 et 2488-3, al. 3, C. civ.

le montant de la dette garantie, la différence est versée au constituant après « paiement préalable des dettes nées de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire »⁷¹⁵.

374. En droit de l'OHADA, le législateur aménage une solution identique au profit du créancier bénéficiaire des sommes transférées dans le patrimoine fiduciaire. Aux termes de l'article 91 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés dispose qu' « en cas de défaillance du débiteur et huit jours après que le constituant en ait été dûment averti, le créancier peut se faire remettre les fonds cédés dans la limite du montant des créances garanties demeurant impayées »⁷¹⁶. Toutefois, l'absence d'articulation du mécanisme de transfert fiduciaire de sommes d'argent avec le droit des procédures collectives rend incertaine l'issue de l'affectation fiduciaire en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard du constituant. La logique voudrait cependant qu'à l'instar du droit français que les sommes transférées dans le patrimoine fiduciaire soient hors d'atteinte de la procédure collective du constituant. L'affectation fiduciaire opérant un transfert de propriété, les biens fiduciaires ne sont plus la propriété du constituant et de ce fait ne peuvent intégrer l'assiette de la procédure collective.

375. En cas d'ouverture d'une procédure collective, le ou les créanciers bénéficiaires de la fiducie⁷¹⁷ bénéficient d'un droit de restitution lorsque les biens fiduciaires font l'objet d'une convention de mise à disposition. L'article L. 624-16 du code de commerce autorise le ou les créanciers bénéficiaires à revendiquer les biens transférés dans le patrimoine fiduciaire, à condition qu'ils se trouvent en nature⁷¹⁸. Le délai pour exercer ce droit de revendication est de trois mois à compter de la publication du jugement d'ouverture de la procédure collective, conformément aux dispositions de l'article L. 624-9 du code de commerce.

Toutefois, l'action en revendication ne peut être admise que lorsque la convention de mise à disposition prend fin ou lorsqu'elle est résiliée. Comme nous l'avons souligné, la convention de mise à disposition, contrairement à la clause de réserve de propriété⁷¹⁹ est un contrat en cours dont la poursuite est justifiée par la nécessité des biens fiduciaires à l'activité professionnelle du constituant.

⁷¹⁵ Art. 2372-4, al. 1 et 2488-4, al. 1, C. civ.

⁷¹⁶ Art. 91, al. 1, AUS.

⁷¹⁷ L'article L. 650-1 pose un principe selon lequel les créanciers ne peuvent pas être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours qu'ils ont consentis, sauf dans trois cas de figure : la fraude, l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur et surtout l'obtention de garanties disproportionnées. Le créancier s'exposera donc, le cas échéant, à une action en responsabilité s'il exige de son débiteur la constitution d'une fiducie-sûreté disproportionnée à ses concours. Le texte ajoute que, dans l'hypothèse où la responsabilité du créancier est reconnue, les garanties qu'il a obtenues peuvent être annulées ou réduites.

⁷¹⁸ Aux termes de l'art. L. 624-16, al. 1, C. com., « peuvent être revendiqués, à condition qu'ils se retrouvent en nature, les biens meubles remis à titre précaire au débiteur ou ceux transférés dans un patrimoine fiduciaire dont le débiteur conserve l'usage ou la jouissance en qualité de constituant ».

⁷¹⁹ Cass. com., 3 avr. 2001, n° 98-11.169, Bull. civ. 2001, IV, n° 72. – Cass. com., 5 mai 2004, n° 01-17.201, Bull. civ. 2004, IV, n° 81.

L'article L. 622-23-1 du code de commerce dispose, à cet effet, que « lorsque des biens ou droits présents dans un patrimoine fiduciaire font l'objet d'une convention en exécution de laquelle le débiteur constituant en conserve l'usage ou la jouissance, aucune cession ou aucun transfert de ces biens ou droits ne peut intervenir au profit du fiduciaire ou d'un tiers du seul fait de l'ouverture de la procédure, de l'arrêté du plan ou encore d'un défaut de paiement d'une créance née antérieurement au jugement d'ouverture. Cette interdiction est prévue à peine de nullité de la cession ou du transfert ». Ainsi, sauf en cas de résiliation ou l'arrivée du terme de la convention de mise à disposition, l'action en revendication ne peut prospérer⁷²⁰.

⁷²⁰ V. à ce propos, M. Grimaldi et R. Dammann, *La fiducie sur ordonnances*, D. 2009, p. 670, n° 18 ; A. Lienhard, *Procédures collectives*, Delmas, 3e éd. 2009, n° 1127.

SECTION II.

LA SOUSTRACTION DE CERTAINS BIENS AU GAGE DES CREANCIERS EN CAS DE DIFFICULTES DE L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL

376. L'ouverture d'une procédure collective à l'égard de l'entrepreneur individuel permet d'appréhender tous ses biens professionnel et personnel afin de constituer l'actif de la procédure. Toutefois, par la magie de la déclaration d'insaisissabilité, certains biens sont soustraits à l'assiette de la procédure collective (Paragraphe 1). En outre, lorsque l'entrepreneur individuel est marié ou pacsé, le régime de les régimes séparatistes lui permettent de mettre hors de la portée de la procédure son patrimoine conjugal (Paragraphe 2).

§ 1. LA SOUSTRACTION DES BIENS DECLARES INSAISSABLES DE L'ASSIETTE DE LA PROCEDURE COLLECTIVE

377. La déclaration d'insaisissabilité limite considérablement le droit de gage des créanciers de l'entrepreneur individuel, notamment en cas d'ouverture d'une procédure collective. Ces derniers voient par l'effet de cette déclaration une partie importante de l'actif de leur débiteur les échapper. De ce fait, la loi le soumet pour son efficacité (B) à certaines conditions de validité afin de protéger les droits des créanciers (A).

A. La validité de la déclaration d'insaisissabilité

378. L'intérêt d'une déclaration d'insaisissabilité est de faire échapper les biens déclarés insaisissables à la poursuite des créanciers professionnels, notamment lorsque l'entrepreneur individuel est soumis à une procédure collective. Pendant longtemps, les juges du fond et une grande majorité de la doctrine ont considéré que la protection issue du mécanisme de la déclaration notariée d'insaisissabilité n'offrait pas une garantie certaine à l'entrepreneur individuel en difficulté. Au soutien de leurs propos, certains auteurs affirmaient que lorsque l'entrepreneur individuel est soumis à une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, le mandataire ou liquidateur peut saisir les biens déclarés insaisissables dès lors que dans la masse des créanciers y figure une catégorie de créanciers dont la déclaration d'insaisissabilité était inopposable. Selon eux, dès l'instant que le liquidateur représente l'ensemble des créanciers dans la masse, il était alors dans ses pouvoirs de réaliser les biens déclarés insaisissables au nom des créanciers dont la déclaration était inopposable. D'autres auteurs pensent, par contre, que ce dernier étant censé représenter l'ensemble des

créanciers, il ne pouvait agir au nom d'une seule catégorie de créanciers⁷²¹. Cette controverse résultait de l'erreur non moins inexcusable du législateur qui a oublié d'aligner le mécanisme de la déclaration d'insaisissabilité aux dispositions du Livre VI du code de commerce⁷²².

Face à cette situation d'incertitude, la Cour de cassation est intervenue dans un arrêt du 28 juin 2011 pour assurer l'efficacité de la protection issue de la déclaration notariée d'insaisissabilité lorsque l'entrepreneur individuel est soumis à une procédure de liquidation judiciaire. Selon la Haute Cour, « le débiteur peut opposer la déclaration d'insaisissabilité qu'il a effectuée en application de l'article L. 526-1 du code de commerce, avant qu'il ne soit mis en liquidation judiciaire, en dépit de la règle du dessaisissement »⁷²³. La solution dégagée par la Cour de cassation répond ainsi à la finalité du texte de l'article L. 526-1 du code de commerce en plaçant les biens de l'entrepreneur individuel déclarés insaisissables en dehors de la procédure collective⁷²⁴. Le principe posé par la Cour de cassation est « que la déclaration est opposable au liquidateur qui ne peut réaliser l'immeuble »⁷²⁵. Il en résulte ainsi que lorsque la déclaration peut être faite avant le jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire. Cependant, l'opposabilité de la déclaration d'insaisissabilité telle qu'elle est formulée par la Cour de cassation ne se limite pas simplement à la procédure de liquidation. Certains auteurs ont ainsi pensé que la référence à la procédure de liquidation judiciaire bien qu'étant restrictive est sans doute celle dans laquelle les difficultés de réalisation de l'immeuble présente un intérêt pratique⁷²⁶.

379. Mais, la question fondamentale que suscite l'arrêt de la Cour de cassation est jusqu'où va l'opposabilité de la déclaration dans la procédure collective du débiteur. L'intérêt de la déclaration est de permettre à l'entrepreneur individuel de mettre à l'abri son patrimoine immobilier personnel à l'égard de ses créanciers postérieurs. Les créanciers antérieurs à la déclaration pouvant saisir les biens déclarés insaisissables, on pourrait mal imaginer que l'entrepreneur individuel attende de constater des difficultés dans l'exercice de son activité pour précéder à une telle déclaration, étant entendu que celle-ci ne sera pas opposable à ses créanciers antérieurs qui peuvent dans ce cas exercer leurs droits sur lesdits biens.

⁷²¹ V. P. Le Corre, op. cit. p. 179 et s.

⁷²² V. S. Cabrillac, in Gaz. pal. 28 juin 2012, p. 18.

⁷²³ Cass. com., n° 10-15482, 28 juin 2011, LEDEN, 5 juill. 2011, n° 7, p. 1, note Lucas F-X. ; EDCO, 1 sept. 2011, n° 8, p. 7, note Gallois-Cochet D.

⁷²⁴ Cass. Com., 13 mars 2012, n° 10-27087, 13 mars 2012, LPA, 3 mai 2012, p. 5, note V. Legrand ; Rev. Des sociétés 2012, p. 394, obs. L.-C. Henry ; D. 2012, p. 2202, note P-M. Le Corre.

⁷²⁵ F. Pérochon, Efficacité de la déclaration d'insaisissabilité... : oui, mais après ? RPC, n° 4, Juill. 2013, dossier 25.

⁷²⁶ Ibid.

Néanmoins, la déclaration faite avant l'ouverture d'une procédure de traitement des difficultés reste valable dans la mesure où elle constitue l'exercice d'un droit que le législateur a mis au profit des entrepreneurs dans le souci de protéger leur patrimoine personnel immobilier. Il ne saurait être ni trop tôt, ni trop tard pour jouir d'un droit que la loi accorde. Le liquidateur ne peut demander l'annulation de la déclaration d'insaisissabilité même si celle-ci est effectuée dans la période suspecte. L'annulation de la déclaration d'insaisissabilité sur le fondement de la nullité des actes accomplis en période suspecte semble être, en réalité, impossible dans la mesure où la déclaration d'insaisissabilité ne rentre pas dans la catégorie des articles L. 631-1 et suivants du code de commerce. En effet, « il ne s'agit ni d'un acte à titre gratuit, ni d'une garantie, ni d'une mesure conservatoire »⁷²⁷. Il ne s'agit pas non plus d'un acte translatif de droit réel, les règles du dessaisissement ne peuvent guère dans ce cas lui être appliquées. En revanche, pour jouer sa pleine efficacité, la déclaration d'insaisissabilité doit être publiée. Or, lorsque la déclaration a été faite avant le jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire, la publication devant intervenir au cours de la procédure de liquidation, le liquidateur peut-il s'opposer à cette déclaration ? Dans la mesure où celle-ci ne vise à protéger les intérêts des créanciers, on pourrait être tenté de répondre par l'affirmative. Toutefois, lorsque l'entrepreneur individuel est en sauvegarde ou en redressement judiciaire, il pourra procéder à la publication de la déclaration, celle-ci n'entrant pas dans la catégorie des actes qui lui sont interdits car elle ne constitue qu'une simple mesure conservatoire.

380. Pour résoudre définitivement cette question, l'ordonnance du 12 mars 2014⁷²⁸ est venue ajouter la déclaration d'insaisissabilité au nombre des actes susceptibles d'être anéantis par le jeu des nullités de la période suspecte. La déclaration d'insaisissabilité effectuée par l'entrepreneur individuel en cessation des paiements est nulle. L'article L. 632-1 du code de commerce dispose à cet effet qu'est nulle lorsqu'elle est intervenue depuis la cessation des paiements, « la déclaration d'insaisissabilité faite par le débiteur en application de l'article L. 526-1 »⁷²⁹.

B. L'efficacité de la déclaration d'insaisissabilité

381. En revanche, dès l'instant où la déclaration d'insaisissabilité a été faite in extremis avant la cessation des paiements par l'entrepreneur individuel, c'est-à-dire hors de la période, on imagine mal qu'elle puisse être attaquée sur le fondement de l'action paulienne. La déclaration d'insaisissabilité n'étant pas en soi un acte frauduleux dans la mesure où elle ne remet pas en cause les droits des créanciers antérieurs. Cependant, certains auteurs estiment que les modifications apportées par

⁷²⁷ V. Legrand, *Rev. Des sociétés*, op. cit. p. 394.

⁷²⁸ Ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives

⁷²⁹ Art. L. 632-1, I, 12°, C. com.

l'ordonnance de 2014 permettent au mandataire ou au liquidateur d'agir désormais en inopposabilité de la déclaration d'insaisissabilité effectuée en dehors de la période suspecte⁷³⁰. D'autres, en revanche, soutiennent le contraire en estimant que l'ordonnance ne permet pas au mandataire ou au liquidateur de remettre en cause la validité et l'opposabilité de la déclaration d'insaisissabilité⁷³¹.

La jurisprudence avait admis l'efficacité de la déclaration d'insaisissabilité dans la procédure collective en anéantissant les actions du liquidateur même en cas de déclaration irrégulière. La Cour de cassation avait, par une décision du 13 mars 2012⁷³², décidé que le liquidateur ne pouvait s'opposer à une déclaration d'insaisissabilité mal publiée. Cette jurisprudence répond à la même motivation que la décision de juin 2011 selon laquelle « le liquidateur ne peut légalement agir que dans l'intérêt de tous les créanciers et non dans l'intérêt personnel d'un créancier ou d'un groupe de créanciers ». Le liquidateur ne peut agir qu'au nom de l'intérêt collectif des créanciers. L'intérêt collectif ainsi entendu par la Cour de cassation est identifié à la somme des intérêts de tous les créanciers. Or, la notion d'intérêt collectif ne présente guère d'intérêt dans la mesure où « il s'évanouit à la première divergence d'intérêt entre créanciers »⁷³³. En effet, dès l'instant où parmi les créanciers de l'entrepreneur individuel figurent des créanciers à qui la déclaration d'insaisissabilité est opposable, d'autres non, l'intérêt collectif ne saurait exister. A moins que la déclaration d'insaisissabilité soit inopposable à tous les créanciers de l'entrepreneur individuel, l'action du liquidateur ou du mandataire ne peut remettre en cause l'efficacité de la déclaration d'insaisissabilité. Et, dans une telle hypothèse, la déclaration d'insaisissabilité serait dénuée de sens car elle n'offrirait aucune protection à l'entrepreneur individuel.

§ 2. LA SOUSTRACTION DU PATRIMOINE CONJUGAL DE L'ASSIETTE DE LA PROCEDURE COLLECTIVE PAR L'ADOPTION D'UN REGIME SEPARATISTE

382. L'entrepreneur individuel en raison de l'unité de son patrimoine subit de plein fouet les conséquences de l'ouverture de la procédure sur tous ses biens professionnel et personnel. Cependant, cette situation est beaucoup plus inconfortable à son égard lorsqu'il est marié sous le régime de la communauté. L'ouverture de la procédure collective a des conséquences indésirables sur le sort des biens communs (A) contrairement au régime séparatiste qui est beaucoup plus protecteur du patrimoine conjugal (B).

⁷³⁰ R. Laffly et P. Martin, « Les innovations de l'ordonnance du 12 mars 2014 » : JCP G 2014, 524.

⁷³¹ P.-M. Le Corre, art. préc. note 3, n° 46

⁷³² Cass. com. 13 mars 2012, n° 11-15438, Dr. et proc. mai 2012, p. 5, n° 4, obs. Ph. Roussel Galle ; J. Théron, chron. BJE juill. 2012, p. 254 et s., n° 128 ; LPA 3 mai 2012, obs. V. Legrand.

⁷³³ V. F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ 2012, 9^e éd. n° 1128, p. 567.

A. Le sort des biens communs dans la procédure collective

383. Lorsque l'entrepreneur individuel soumis au régime de la communauté légale est en difficulté au titre de son activité professionnelle, les conséquences peuvent être désastreuses pour son conjoint et plus généralement pour son patrimoine conjugal. L'ouverture d'une procédure collective à son égard englobe non seulement ses biens personnels mais aussi les biens de la communauté. Selon l'article 1401 du Code civil, sont communs tous les biens acquis par les époux durant le mariage ensemble ou séparément. Les biens communs de l'entrepreneur individuel et de son conjoint sont appréhendés par le droit des procédures collectives. Aussi, les gains et salaires qui sont des biens communs s'ils sont économisés sont appréhendés par la procédure collective de l'entrepreneur individuel⁷³⁴. La cour de cassation a considéré que les créanciers de l'épouse ne peuvent pas les saisir, car ils sont dans la procédure⁷³⁵.

A cet effet, ils sont tenus au même titre que les créanciers de l'entrepreneur individuel de déclarer leurs créances. Jusqu'à la décision de l'Assemblée plénière du 23 décembre 1994, la cour de cassation avait admis que les créanciers du conjoint de l'entrepreneur individuel pouvaient saisir les biens communs même si ils sont dans la procédure, car c'est le gage d'un créancier qui n'est pas dans la procédure. Mais désormais⁷³⁶, la procédure est *in rem* et touche les biens communs qui sont dans l'actif de la procédure. Ainsi, les créanciers du conjoint qui veulent agir sur les biens communs par l'intermédiaire de l'épouse *in bonis* doivent déclarer leurs créances à la procédure de l'entrepreneur individuel. En d'autres termes, les créanciers du conjoint de l'entrepreneur individuel sont soumis à la discipline de la procédure collective d'un débiteur qui n'est pas le leur.

384. En conséquence, l'ouverture d'une procédure collective, entraîne le dessaisissement du conjoint de l'entrepreneur individuel de tous ses pouvoirs sur les biens communs⁷³⁷. Toutefois, lorsque la procédure collective est ouverte au titre d'un patrimoine affecté de l'EIRL, seuls les biens communs affectés sont en principe concernés par ladite procédure. Le cloisonnement patrimonial conduit à raisonner « en termes de procédure ouverte contre un patrimoine et non contre un débiteur »⁷³⁸, les biens communs non affectés sont placés hors de la procédure collective. L'article 1413 du Code civil selon lequel, « le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs » est

⁷³⁴ V. art. 1414, C. civ.

⁷³⁵ Cass. com., 16 novembre 2010, n° 09-68.459, Bull. 2010, IV, n° 176.

⁷³⁶ V. note sous 1413, c. civ

⁷³⁷ Cass. com. 4 oct. 2005 ; Cass. com., 28 avril 2009, pourvoi n° 08-10.368.

⁷³⁸ V. Legrand, Le conjoint commun en biens de l'entrepreneur et patrimoine d'affectation : réconciliation de la vie professionnelle et de la famille ? op. cit., p. 86 et s.

neutralisé par l'affectation patrimoniale. Cependant, la neutralisation de l'article 1314 du Code civil est anéantie lorsque le conjoint s'imisce dans la gestion de l'activité professionnelle de l'EIRL⁷³⁹. Lorsque le conjoint s'imisce dans la gestion de l'activité professionnelle de l'EIRL, « les créanciers professionnels du conjoint, co-exploitant de fait, verront leur gage couvrir l'ensemble des biens communs non affectés ainsi que les propres du co-exploitant. En définitive, seuls les biens propres de l'EIRL seront épargnés »⁷⁴⁰.

385. Toutefois, la clôture de la liquidation judiciaire de l'entrepreneur individuel pour insuffisance d'actifs entraîne également l'effacement de ses dettes. La fin de la liquidation judiciaire entraîne la purge du passif de l'entrepreneur individuel, sauf dans certains cas⁷⁴¹. Cependant, son conjoint ne bénéficie pas de l'effacement des dettes à l'issue de la procédure de liquidation de son conjoint alors qu'une partie de son actif a été engloutie par celle-ci. Les biens communs sont vendus dans la procédure. Néanmoins, elle devra encore le passif qui n'est pas éteint à son égard⁷⁴².

386. L'ordonnance de 2014 est venue apporter une solution à cette situation désavantageuse à l'égard du conjoint en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de l'entrepreneur individuel⁷⁴³. Aux termes de l'article L. 621-2, alinéa 2 du code de commerce, l'entrepreneur individuel soumis à une procédure collective peut demander l'extension de la procédure collective à

⁷³⁹ En fait, si l'époux souhaite travailler dans l'exploitation familiale, il doit impérativement opter pour le statut de conjoint salarié ou collaborateur conformément aux dispositions du I de l'art. L. 121-4, C. com. selon lequel « le conjoint du chef d'une entreprise artisanale, commerciale ou libérale qui y exerce de manière régulière une activité professionnelle opte pour l'un des statuts suivants : 1° Conjoint collaborateur ; 2° Conjoint salarié ; 3° Conjoint associé ».

⁷⁴⁰ V. Legrand, *Le conjoint commun en biens de l'entrepreneur et patrimoine d'affectation : réconciliation de la vie professionnelle et de la famille ?* op. cit. p. 86 et s.

⁷⁴¹ L'art. L. 643-11, C. com. précise que « le jugement de clôture de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur. Il est fait exception à cette règle : 1° Pour les actions portant sur des biens acquis au titre d'une succession ouverte pendant la procédure de liquidation judiciaire ; 2° Lorsque la créance trouve son origine dans une infraction pour laquelle la culpabilité du débiteur a été établie ou lorsqu'elle porte sur des droits attachés à la personne du créancier. Les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent poursuivre le débiteur s'ils ont payé à la place de celui-ci. Les créanciers recouvrent leur droit de poursuite individuelle dans les cas suivants : 1° La faillite personnelle du débiteur a été prononcée ; 2° Le débiteur a été reconnu coupable de banqueroute ; 3° Le débiteur, au titre de l'un quelconque de ses patrimoines, ou une personne morale dont il a été le dirigeant a été soumis à une procédure de liquidation judiciaire antérieure clôturée pour insuffisance d'actif moins de cinq ans avant l'ouverture de celle à laquelle il est soumis ainsi que le débiteur qui, au cours des cinq années précédant cette date, a bénéficié des dispositions de l'article L. 645-11 ; 4° La procédure a été ouverte en tant que procédure territoriale au sens du paragraphe 2 de l'article 3 du règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité ». Les créanciers retrouvent également leurs droits de poursuites individuelles en cas de fraude de la part de l'entrepreneur individuel, art. L. 643-11, IV, C. com.

⁷⁴² En pratique, les tribunaux, avant l'ordonnance de 2014, acceptaient de faire une extension de procédure collective, alors que les conditions ne sont pas remplies afin de permettre au conjoint de l'entrepreneur individuel de bénéficier des effets de la clôture de la liquidation judiciaire.

⁷⁴³ V. B. Saintourens, *Ouverture des procédures : mise aux normes constitutionnelles et nouveautés procédurales*, Rev. proc. coll. 2014, dossier 16, n° 10 et s.

son conjoint en cas de confusion de patrimoines⁷⁴⁴. En cas de liquidation judiciaire, le conjoint de l'entrepreneur individuel pourra bénéficier des effets de la clôture de la procédure de liquidation judiciaire, même si certains auteurs trouvent à cette règle une autre finalité⁷⁴⁵. L'ordonnance du 12 mars 2014 vient consacrer clairement cette solution, déjà connue de la pratique, en permettant au débiteur de demander l'extension de la procédure sur son conjoint⁷⁴⁶.

B. Le sort des biens indivis dans la procédure collective

387. Comme nous l'avons souligné, le régime de la séparation des biens offre une certaine garantie à l'entrepreneur individuel lui permettant de protéger les biens de son couple, notamment lorsqu'il est soumis à une procédure collective. Lorsque les époux sont soumis à un régime séparatiste, chacun conserve la liberté de disposer et gérer ses biens personnels. Les biens acquis durant le mariage demeurent des biens personnels⁷⁴⁷. Les patrimoines des époux sont dissociés. Chacun répond de son passif par son propre actif. Ainsi, en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard de l'un d'eux, en principe, seuls les biens personnels sont appréhendés par la procédure collective.

388. Compte tenu du principe d'unicité du patrimoine auquel est soumis l'entrepreneur individuel, le recours aux régimes séparatistes afin de protéger son patrimoine conjugal est une nécessité pour protéger le patrimoine conjugal. Le régime de la communauté légale présente des inconvénients pour l'entrepreneur individuel en difficulté. Sous ce régime, les biens propres du débiteur et les biens communs peuvent être appréhendés par la procédure collective tandis que, dans les régimes séparatistes, seuls les biens personnels du débiteur ainsi que les biens indivis sont visés. Ainsi, les biens propres ou personnels du conjoint du débiteur sont, par principe, soustraits à la procédure. L'article L. 624-5 du code de commerce dispose à cet effet que le conjoint du débiteur « établit la consistance de ses biens personnels conformément aux règles des régimes matrimoniaux » et, le cas échéant, peut les revendiquer dans les conditions prévues aux articles L. 624-9⁷⁴⁸ et L.624-

⁷⁴⁴ Selon l'art. L. 621-1, al. 2, C. com., « à la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du débiteur ou du ministère public, la procédure ouverte peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale ».

⁷⁴⁵ Selon le Professeur Saintourens, « en faisant inclure dans la procédure qui le vise des éléments patrimoniaux complémentaires, les chances pourraient bien augmenter de voir accorder un plan de sauvegarde ou de redressement », B. Saintourens, *Ouverture des procédures : mise aux normes constitutionnelles et nouveautés procédurales*, op. cit. n° 10.

⁷⁴⁶ V. art. L. 621-2, al. 2, C. com.

⁷⁴⁷ Contrairement au régime de la communauté légale où « la communauté se compose activement des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres », art. 1401, C. civ.

⁷⁴⁸ L'art. L. 624-9, C. com. dispose que « la revendication des meubles ne peut être exercée que dans le délai de trois mois suivant la publication du jugement ouvrant la procédure ».

10⁷⁴⁹ du même code ». Ainsi, les biens personnels du conjoint sont épargnés par la procédure collective ouverte à l'encontre de l'entrepreneur de l'entrepreneur individuel.

389. Toutefois, les biens acquis indivisément peuvent être englobés par la procédure collective. Sur le fondement des articles 815⁷⁵⁰ et 815-17⁷⁵¹ du Code civil, le liquidateur qui exerce les droits et actions du débiteur dessaisi peut exercer l'action en partage sur le fondement de l'art. 815 du Code civil⁷⁵². Il peut également provoquer le partage au nom des créanciers⁷⁵³ sur le fondement de l'art. 815-17 du Code civil sans l'autorisation du juge-commissaire⁷⁵⁴. Les créanciers disposent de la possibilité de provoquer le partager des biens indivis⁷⁵⁵.

Si l'indivision est née après le jugement d'ouverture, par exemple en cas de changement de régime matrimonial tardif ou de divorce engagé durant la procédure, la procédure collective va alors retrouver tout son effet attractif, de sorte que les biens indivis vont être appréhendés par la

749 Aux termes de l'art. L. 624-10, C. com., « le propriétaire d'un bien est dispensé de faire reconnaître son droit de propriété lorsque le contrat portant sur ce bien a fait l'objet d'une publicité. Il peut réclamer la restitution de son bien dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat ».

750 Aux termes de l'art. 815, C. civ., « nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut toujours être provoqué, à moins qu'il n'y ait été sursis par jugement ou convention ».

751 Selon l'article 815-17, C. civ., « les créanciers qui auraient pu agir sur les biens indivis avant qu'il y eût indivision, et ceux dont la créance résulte de la conservation ou de la gestion des biens indivis, seront payés par prélèvement sur l'actif avant le partage. Ils peuvent en outre poursuivre la saisie et la vente des biens indivis. Les créanciers personnels d'un indivisaire ne peuvent saisir sa part dans les biens indivis, meubles ou immeubles. Ils ont toutefois la faculté de provoquer le partage au nom de leur débiteur ou d'intervenir dans le partage provoqué par lui. Les coindivisaires peuvent arrêter le cours de l'action en partage en acquittant l'obligation au nom et en l'acquit du débiteur. Ceux qui exerceront cette faculté se rembourseront par prélèvement sur les biens indivis ».

752 Dans ce cas, le liquidateur n'a pas besoin de justifier l'existence d'une créance, v. Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2011, n° 10-25098 ; v. aussi, Cass. com. 3 déc. 2003, n° 01-01.390 ; A cet effet, P. Rubellin, La voie royale pour demander le partage de l'indivision : l'article 815 du Code civil ! Bull. Joly Ent. Diff., 1^{er} sept. 2011, n° 8, p. 4.

753 En revanche, le liquidateur qui agit en partage sur le fondement de l'art. 815-17, C. civ. doit justifier le passif, Cass. 1^{ère} Civ. 20 déc. 1993, n° 92-11.189, et Cass. 1^{ère} civ. 27 mai 2010, n° 09-11.460. V. également sur ce point, Cass. com. 28 mars 2012, n° 12-40.002 : QPC sur la question de savoir si les dispositions de l'art. 815-17 portent atteinte au principe de sauvegarde de la dignité humaine et à l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue le droit au logement. La Cour de cassation n'a pas jugé la question sérieuse. Elle estime que les droits des créanciers indivisaires de demander le partage du bien indivis, qui suppose s'il y a lieu, la licitation de celui-ci, assure la protection de leur droit de propriété. Les créanciers en leur permettant de passer outre au caractère indivis du bien dont leur débiteur est propriétaire à concurrence de sa part seulement, et ne porte pas une atteinte disproportionnée aux droits du coindivisaire. Ce dernier se voit reconnaître la faculté d'arrêter le cours de l'action en partage et bénéficie d'un droit d'attribution préférentielle s'il en réunit les conditions, notamment s'il s'agit de son logement.

754 Le liquidateur peut agir en partage sans demander l'autorisation au juge-commissaire, v. Cass. Com. 12 nov. 2008, n° 07-17.078 ; v. aussi, Cass. com. 19 déc. 2000, n° 07-17.078.

755 La jurisprudence rappelle que si les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leurs débiteurs c'est qu'à la condition que ceux-ci refusent d'en faire usage et que l'intérêt des créanciers soit compromis, Cass. civ. 17 mai 1982, Bull. civ. I, n° 176 ; Cass. 1^{er} civ. 11 mars 2003 n° 381, RJDA 8 sept 2003, n° 895 ; v. aussi, CA. Lyon, Ch. civ. 1, 11 décembre 2012, n° 2012/029476, obs. V. Pezzella, BACALy, Bull. n° 3, janv. 2013-juin 2013.

procédure collective. Dans cette configuration, seul le juge-commissaire peut, par exemple, autoriser la vente et décider du mode de réalisation du bien⁷⁵⁶.

En revanche, la cour de cassation précise que si l'indivision est née avant l'ouverture de la procédure collective, tout se passe comme si, le bien indivis n'était pas dans l'actif de la procédure eu égard aux créanciers de l'indivision⁷⁵⁷. Ceux-ci peuvent donc saisir le bien indivis et passer avant tous les autres créanciers sans avoir à déclarer leurs créances dans la procédure⁷⁵⁸. Ils ne sont pas soumis à l'interdiction des poursuites individuelles⁷⁵⁹. Si la saisie du bien indivis ne permet pas de les désintéresser, ils pourront déclarer leurs créances à la procédure pour le reste. Toutefois, lorsque le créancier de l'indivision déclare sa créance, il est soumis à la discipline collective. De ce fait, le créancier indivisaire ne pourra plus saisir les biens indivis et, il ne pourra, non plus dans la procédure, demander le partage des biens indivis car cette action appartient désormais au liquidateur qui le représente. Ainsi, le liquidateur pourra demander le partage, mais ne peut vendre le bien pour le compte des créanciers indivisaires. Cependant, le partage du bien indivis étant souvent impossible à réaliser, le liquidateur pourra engager une procédure de licitation partage⁷⁶⁰ tendant à la vente aux enchères du bien afin de récupérer la part de prix revenant à l'entrepreneur individuel en proportion de ses droits dans l'indivision.

Le conjoint de l'entrepreneur individuel peut toutefois s'opposer au partage du bien indivis s'il accepte d'éponger le passif de l'entrepreneur individuel, c'est-à-dire tout le passif déclaré, vérifié et réactualisé⁷⁶¹. Dans ce cas, il faut attendre que toutes les opérations de vérification de créances soient terminées. Toutefois, son engagement n'est pas irrévocable, le conjoint peut revenir sur sa décision lorsqu'il estime qu'après vérification de tout le passif de l'entrepreneur individuel que la dette est, par exemple, trop élevée⁷⁶². Le coïndivisaire ne peut arrêter le cours de l'action en partage d'un bien indivis qu'en acquittant l'obligation du débiteur représentant le montant du passif définitivement vérifié et admis lequel doit être réactualisé, fût-ce par expertise, en tenant compte des actifs et créances recouverts depuis le jugement d'ouverture⁷⁶³. Cependant, les dispositions de l'art. 815-17 ne

⁷⁵⁶ Cass. 2e Civ., 9 novembre 2006, pourvoi n° 05-12.205

⁷⁵⁷ L'hypothèque sur le bien indivis a été consentie par les deux indivisaires. Le créancier bénéficiaire est donc un créancier de l'indivision : Cass. com. 18 fév. 2003, n° 00-11008. V. aussi art. 2414 et 2125, C. civ.

⁷⁵⁸ Cass. 2e civ., 16 mai 2013, n° 12-16216, PB ; Cass. com. 10 mai 2012, n° 10-20974.

⁷⁵⁹ com 7 fév 2012, n° 11-12787.

⁷⁶⁰ La vente directe du bien indivis entraîne la nullité de la vente.

⁷⁶¹ V. note sous art. 815, C. civ.

⁷⁶² V. note sous art. 815-17, C. civ.

⁷⁶³ Cass. 1re civ. 27 mai 2010, n° 09-11460.

permettent pas au co-indivisaire de s'opposer à l'action en partage⁷⁶⁴, seul le paiement permet d'arrêter l'action en partage⁷⁶⁵.

390. En outre, comme le rappelle un arrêt de la Cour de cassation du 26 septembre 2012⁷⁶⁶, dans le cadre de la licitation-partage engagée par le liquidateur, le conjoint du débiteur liquidé ne peut pas non plus « sauver » le domicile familial en sollicitant l'attribution préférentielle à son profit. L'attribution préférentielle est une modalité de partage de l'indivision dans laquelle le bien indivis est attribué à un indivisaire qui, en contrepartie, doit régler une soulte aux autres indivisaires, un peu comme s'il leur rachetait leurs parts dans l'indivision pour acquérir la pleine propriété du bien.

A défaut d'être prévue dans l'acte d'acquisition liant les indivisaires, ce mécanisme n'est possible que dans des hypothèses limitées et précises spécialement prévues par la loi⁷⁶⁷. Or en matière matrimoniale, l'attribution préférentielle d'un bien indivis n'est prévue qu'en cas de décès, au profit du conjoint survivant ou des héritiers, ou qu'en cas de divorce, au profit des époux divorcés. C'est donc logiquement que la Cour de cassation a rejeté la demande d'attribution préférentielle formée par l'épouse indivisaire suite à la procédure en licitation partage engagée sur le domicile familial par le liquidateur judiciaire de son conjoint. Encore une fois, cette attribution ne peut bénéficier qu'au conjoint survivant ou au conjoint divorcé, deux hypothèses distinctes de celle du conjoint de l'entrepreneur individuel en liquidation judiciaire.

Comme le relève la Cour, la solution aurait été différente si les indivisaires avaient pris la précaution d'insérer dans l'acte d'acquisition du domicile de la famille, une clause d'attribution préférentielle en cas de partage. En présence d'une telle clause, quelle que soit la qualité de l'indivisaire (conjoint divorcé, conjoint survivant, concubin), l'attribution préférentielle peut toujours être sollicitée. En cas de licitation partage, la moitié du prix revient au conjoint de l'indivisaire in bonis.

A la différence des biens communs, lesquels ne peuvent être partagés que si le mariage est dissous, il est loisible aux époux de solliciter le partage des biens indivis pendant le régime matrimonial, que celui-ci soit le régime de la séparation de biens ou celui de la participation aux acquêts. Le liquidateur qui représente le débiteur peut aussi demander le partage de l'indivision⁷⁶⁸, sa demande n'est pas subordonnée à la justification d'une créance⁷⁶⁹. Pour remédier à l'éventuelle

⁷⁶⁴ CA Paris, 27 mai 1987, D. 1988, p. 216, note A. Breton.

⁷⁶⁵ CA Versailles, 21 mars 1983, Défrénois, 1984, art. 33.158, p. 1358, obs. G. Champenois.

⁷⁶⁶ Cass. civ. 26 sept. 2012, n°11-11246.

⁷⁶⁷ V. art. 831-1 et s., C. civ.

⁷⁶⁸ Art. 815, C. civ.

⁷⁶⁹ Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2011, n° 10-25098 (n° F-P+B+I).

opposition du conjoint de l'entrepreneur individuel sur la demande en partage, la jurisprudence admet que le liquidateur, quand il demande le partage de l'indivision, ne représente pas les créanciers mais le débiteur lui-même⁷⁷⁰, puisque « nul n'est tenu de rester dans l'indivision »⁷⁷¹. Dans ce cas, le conjoint de l'entrepreneur individuel ne peut pas demander à payer la dette sur le fondement de l'article 815-17 du Code civil⁷⁷².

⁷⁷⁰ Cependant, le liquidateur ne peut pas demander l'application de l'art. 815-1 lorsque le débiteur est décédé en cours de procédure : Cass. com., 19 févr. 2013, n° 11-23033.

⁷⁷¹ Art. 815, C. civ.

⁷⁷² Toutefois, la doctrine estime que l'action en partage est un droit propre que le liquidateur ne peut pas faire.

CHAPITRE II.

L'EFFICACITE RELATIVE DES MECANISMES DE PROTECTION EN CAS DE DIFFICULTES DE L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL

391. La quête de la protection de l'entrepreneur individuel afin de limiter les risques auxquels il est exposé dans le cadre de son activité professionnelle, notamment en cas de difficultés a conduit le législateur à mettre en place des mécanismes dont la finalité est de préserver les biens personnels de celui-ci. Les mécanismes spécifiques à l'entrepreneur individuel tout comme les mécanismes de droit commun utilisés aux mêmes fins sont censés véritablement montrer leur efficacité que lorsque l'entrepreneur individuel est en difficulté. Tant que l'entrepreneur individuel est *in bonis*, aucun problème ne se pose, ou du moins en théorie, car quel que soit le gage des créanciers, il est dans une situation financière qui lui permet d'honorer ses engagements à l'égard de ceux-ci. Mais, le principal problème survient lorsqu'il est en difficulté. C'est à ce stade qu'est recherchée l'efficacité des mécanismes de protection afin de préserver les biens personnels de la poursuite des créanciers.

Cependant, la protection recherchée à travers ces mécanismes n'est que relative car, qu'ils soient spécifiques à l'entrepreneur individuel ou de droit commun, la protection qu'ils procèdent à l'entrepreneur individuel qui y aurait recours ne permet pas de garantir l'objectif recherché par le législateur, c'est-à-dire, la protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel (section 1).

392. Un renforcement de ces mécanismes afin de leur assurer l'efficacité attendue semble être nécessaire. À défaut, on se demande si le recours à l'ouverture d'une procédure collective n'est pas le meilleur moyen d'assurer la protection de l'entrepreneur individuel, dans la mesure où ce dernier peut solliciter l'ouverture d'une procédure collective alors même qu'il n'est pas en cessation des paiements, ou inversement, demander à bénéficier d'une procédure de conciliation alors qu'il est en cessation des paiement (section 2).

SECTION I.

L'EFFICACITE RELATIVE DES MECANISMES DE PROTECTION

393. Les mécanismes de protection de l'entrepreneur individuel ne sont pas aussi efficaces qu'il n'y paraît lorsque celui-ci est en difficulté. Les insuffisances constatées en cas d'ouverture d'une procédure collective montrent l'inefficacité des mécanismes qu'ils soient spécifiques à l'entrepreneur individuel (Paragraphe 2) ou de droit commun (Paragraphe 1).

§ 1. L'EFFICACITE RELATIVE DES MECANISMES DE DROIT COMMUN

394. Le recours aux mécanismes au mécanisme de la fiducie ou aux régimes séparatistes afin de protéger certains biens des effets de l'ouverture d'une procédure collective n'est pas aussi protecteur malgré les modifications que ces dispositifs apportent aux droits des créanciers de l'entrepreneur individuel. La fragilité de la protection issue des régimes matrimoniaux (A) et les lacunes de l'affectation fiduciaire (B) en font des mécanismes peu efficaces en cas d'ouverture d'une procédure collective.

A. Une efficacité biaisée par la fragilité de la protection issue des régimes matrimoniaux

395. Aussi bien le régime de la communauté que celui de la séparation des biens ne confèrent une protection efficace des biens du couple de l'entrepreneur individuel en difficulté. D'une part, elle est illusoire (1), et d'autre part elle n'est que relative (2).

1. Une protection illusoire dans les régimes communautaires

396. Le principe posé par l'article 1415 du Code civil diminue considérablement le gage des créanciers de l'entrepreneur individuel. A défaut de consentement de son conjoint, les biens communs sont protégés. La jurisprudence s'est montrée particulièrement protectrice à l'égard du conjoint de l'entrepreneur individuel en refusant à plusieurs reprises aux créanciers d'étendre leurs droits de poursuite sur les biens communs. Cette rigueur a été combattue par une partie de la doctrine⁷⁷³. Selon certains auteurs, si cette règle se justifie en matière de cautionnement où l'entrepreneur individuel ne retire aucune contrepartie en faisant courir à la communauté un risque, il n'en est pas ainsi pour l'emprunt. Car, ils estiment que contrairement au cautionnement, l'emprunt

⁷⁷³ V. à cet effet, H. Lécuyer, *Crédit immobilier et droit patrimonial de la famille*, LPA 29 avr. 1998, n° 51, p. 23.

confère à la communauté un enrichissement par l'acquisition d'un bien et que le droit de poursuite de ce créancier devait s'exercer au moins sur le bien qui est entré dans la communauté.

Même en cas de manœuvres frauduleuses de la part de l'entrepreneur individuel et de son conjoint, l'article 1415 du Code civil semble produire son plein effet. Dans une décision rendue par la Cour de cassation, un époux marié sous le régime légal avait souscrit un prêt en se faisant passer pour un célibataire afin d'éviter l'exigence du consentement de son époux pour l'engagement des biens communs du couple⁷⁷⁴. La Cour d'appel avait estimé que la dissimulation constituait un acte frauduleux et que l'épouse était au courant des opérations réalisées par son époux⁷⁷⁵. Elle en a déduit que l'épouse avait de ce fait consenti à l'engagement de son mari. La Cour de cassation censure l'arrêt rendu par la Cour d'appel en estimant que les juges ne pouvaient déduire, de l'attitude du conjoint, un consentement expressément donné. Ainsi, même entre un débiteur de mauvaise foi et un créancier de bonne foi, l'article 1415 du Code civil produit tous ses effets. Ainsi, la responsabilité de l'époux fautif aurait pu être engagée sur le fondement de la responsabilité civile. Ce qui, au regard des articles 1413 et 1414 du Code civil aurait permis d'engager tous les biens communs du couple.

397. Face à cette protection, les créanciers ont contourné les limites posées par l'article 1415 du Code civil concernant le cautionnement et l'emprunt. Ainsi, ces derniers exigent dans les opérations de crédit l'engagement du conjoint de l'emprunteur. L'article 1415 n'étant pas d'ordre public, rien n'interdit aux créanciers de solliciter le consentement exprès du conjoint de l'entrepreneur individuel. De ce fait, leur gage s'étendrait, en dehors des biens propres de l'entrepreneur individuel, à la masse commune. Ainsi, par le consentement exprès de l'époux, les biens communs du couple sont engagés, mais ce consentement n'emporte pas ses biens propres.

Cependant, les créanciers peuvent demander, au-delà du simple consentement du conjoint de l'entrepreneur individuel, un engagement solidaire des deux époux, ce qui aura pour effet de permettre aux créanciers de poursuivre chacun des deux époux pour le paiement de la totalité de la dette. Ainsi, leur gage portera sur l'intégralité du patrimoine du couple, contrairement à l'article 1413 qui ne limitait leur gage qu'à la masse commune.

2. Une protection relative dans les régimes séparatistes

398. La procédure collective appréhende, outre les biens propres de l'entrepreneur individuel, les biens communs lorsque ce dernier est marié sous le régime de la communauté légale ou

⁷⁷⁴ Cass. civ. 1re, 17 février 1998, Gaz. du pal. du 20-22 déc. 1998, p. 28, J.C.P. 1998, IV, 1786 ; R.T.D. Civ. 1998, 659, obs. Hauser ; Dr. et patr., 1998, 1970, obs. A. Bénabent.

⁷⁷⁵ CA, Versailles, 19 déc. 1995.

conventionnel. Sur le fondement de l'article 1413 du Code civil et en partie des articles 1414 et 1415 du même Code, l'ensemble des biens communs font partie de l'actif de la procédure collective. On a vu que dans la communauté, il existe trois masses de biens : les biens propres du conjoint de l'entrepreneur individuel, les biens propres de ce dernier et les biens communs aux deux époux⁷⁷⁶. L'assiette de la procédure collective, en cas d'insolvabilité de l'entrepreneur individuel, portera sur ces deux dernières masses. Avant la loi du 23 décembre 1985, les créanciers du conjoint de l'entrepreneur individuel ne pouvaient exercer leurs poursuites que sur ses biens propres et sur les biens communs réservés, mais les biens communs ordinaires étaient hors de la portée des ceux-ci. La réforme intervenue a permis aux créanciers d'exercer leurs poursuites sur les biens propres de leur débiteur et sur les biens en communs, en dehors de toute solidarité légale ou conventionnelle des époux. Cependant, le conjoint de l'entrepreneur individuel n'est pas soumis à la procédure, mais il y est directement impliqué⁷⁷⁷.

399. Contrairement au régime de la communauté, le régime de la séparation des biens permet de mieux protéger les biens du couple, notamment lorsque l'entrepreneur individuel est en difficulté. Dans ce régime, nous avons vu, qu'il existait une séparation des biens du couple en deux masses : d'une part, les biens personnels de l'entrepreneur individuel et les biens personnels de son conjoint d'autre part. Mais, en réalité, il existe une troisième masse de biens qui est constituée des biens acquis en commun par les époux sous la forme d'une indivision. Le régime de la séparation des biens présente l'avantage d'être plus souple que le régime communautaire, notamment dans la mise en place des mécanismes de protection des biens du couple. En cas de difficulté, l'assiette de la procédure collective sera uniquement constituée de biens qui sont personnels à l'entrepreneur individuel.

La difficulté majeure réside, toutefois, dans la détermination des biens qui appartiennent à l'entrepreneur individuel. L'alinéa 1 de l'article 1538 du Code civil dispose à cet effet, que « tant à l'égard de son conjoint que des tiers, un époux peut prouver par tous les moyens qu'il a la propriété exclusive d'un bien ». La preuve de la propriété d'un bien par le conjoint de l'entrepreneur individuel est libre. L'alinéa 2 du même article renforce le droit de propriété en posant des présomptions simples. Selon cette disposition, « les présomptions de propriété énoncées au contrat de mariage ont effet à l'égard des tiers aussi bien que dans les rapports entre époux, s'il n'en a été autrement convenu. La preuve contraire sera de droit, et elle se fera par tous les moyens propres à établir que

⁷⁷⁶ La loi du 23 déc. 1985 a modifié le régime de la communauté en instaurant une égalité stricte entre les époux dans la gestion des biens communs. Elle a également supprimé la catégorie des biens réservés.

⁷⁷⁷ Cass. civ. 1re, 7 nov. 1995 : Bull. civ. I, n° 395 ; D. 1996, p. 451, note S. Piedelièvre ; D. 1997. Somm. 21, obs. Robert ; J.C.P. 1995. I. 3908, n° 16, obs. Storck ; Defrénois, 1996, p. 409, obs. G. Champenois ; RTD civ. 1997, p. 211, obs. Vareille, et RTD civ. 1998, p. 139, obs. Zénati.

les biens n'appartiennent pas à l'époux que la présomption désigne, ou même, s'ils lui appartiennent, qu'il les a acquis par une libéralité de l'autre époux ». Les créanciers doivent, dès lors, apporter la preuve contraire de l'appartenance du bien au conjoint de l'entrepreneur individuel.

400. Par le jeu de la possession, la règle est qu'en matière de meubles, possession vaut titre⁷⁷⁸. Pour les biens meubles corporels, l'époux qui possède le bien est supposé être le propriétaire. Mais, peut-on parler de possession exclusive de l'un des époux dans une vie commune. La vie commune suppose la possession commune des biens du couple. Contrairement à ce que soutiennent certains auteurs, la possession est commune. Et, selon la jurisprudence, les règles prévues par l'article 1538 du Code civil excluent l'application des dispositions de l'article 2276⁷⁷⁹. La Cour de cassation a admis un autre moyen de preuve pour déterminer la propriété d'un bien dans un régime séparatiste. La propriété d'un bien dans un régime séparatiste doit se faire en apportant la facture. Cependant, ce moyen de preuve peut également soulever des difficultés, notamment lorsque le bien en question est un meuble incorporel tel que le fonds de commerce. La jurisprudence considère que l'immatriculation ne constitue pas une preuve de la propriété du fonds exploité. L'entrepreneur individuel, commerçant, peut en effet, exploiter un fonds qui appartient exclusivement ou en partie à son conjoint.

S'agissant également des immeubles, la jurisprudence précise que l'époux qui a apposé sa signature à l'acte d'acquisition est réputé propriétaire du bien. Mais, l'immeuble peut être acquis avec les fonds du conjoint, et dans ce cas, il appartient à celui qui se prévaut de la propriété du bien d'apporter la preuve que le bien a été acquis avec ses propres fonds ou que les fonds ayant servi à l'acquisition de l'immeuble résultaient d'un prêt, d'un mandat ou d'une donation qui reste librement révocable. Toutefois, dans cette hypothèse, le conjoint devra déclarer sa créance lorsqu'il établit l'existence d'une créance à l'encontre de l'entrepreneur individuel. Les créanciers de l'entrepreneur individuel peuvent dans ce cas apporter la preuve que le bien en question appartient à leur débiteur, contrairement aux mentions figurant dans l'acte d'acquisition. La Cour a également jugé, à propos d'un compte joint, que l'époux qui se prétend être titulaire des fonds qui sont déposés dans le compte doit apporter la preuve de la propriété de ces dits fonds. Car, la propriété des fonds figurant dans un compte joint étant supposé appartenir indivisément aux deux époux, celui des deux conjoints qui se prétend propriétaire de l'intégralité des fonds doit combattre cette présomption en démontrant qu'elle avait la propriété exclusive des fonds déposés sur ce compte⁷⁸⁰. La Cour de

⁷⁷⁸ L'art. 2276 al. 1, C. civ. dispose à cet effet que « en fait de meubles, la possession vaut titre ».

⁷⁷⁹ Aux termes de l'art. 2279, C. civ. « les actions possessoires sont ouvertes dans les conditions prévues par le code de procédure civile à ceux qui possèdent ou détiennent paisiblement ».

⁷⁸⁰ Cass. com., du 22 sept. 2009, n° 06-20.247.

cassation confirme sa jurisprudence antérieure en rappelant que l'action en revendication ne peut être exercée qu'à la seule condition que les biens acquis par le conjoint ont été en partie financés par les biens de l'époux en difficulté⁷⁸¹.

Les présomptions de propriété prévues dans l'acte de mariage étant simples, les créanciers peuvent également apporter la preuve contraire, et ce sans recourir à la fraude. En l'absence de preuve établissant le bien fondé de leurs prétentions, l'administrateur peut inscrire le bien dans l'inventaire de l'actif des biens de l'entrepreneur individuel à l'ouverture de la procédure collective à son encontre. Ce faisant, il renverse la charge de la preuve, et il appartient au conjoint qui demande la restitution du bien d'apporter la preuve d'un droit de propriété sur ledit bien. Cette action n'est enfermée dans aucun délai⁷⁸². En effet, le conjoint de l'entrepreneur individuel peut établir la consistance de ses biens personnels sur le fondement des dispositions de l'article 1538 du Code civil en exerçant une action en revendication dans le délai de trois mois⁷⁸³ à compter de la publication du jugement d'ouverture de la procédure collective⁷⁸⁴.

401. Cependant, dans le doute de la propriété du bien, les dispositions prévues par l'article 1538, alinéa 3 du Code civil s'appliquent. L'alinéa 3 de l'article 1538 du Code civil dispose que « les biens sur lesquels aucun des époux ne peut justifier d'une propriété exclusive sont réputés leur appartenir indivisément, à chacun pour moitié ». Le sort des biens dépend dans cette hypothèse de la date de l'indivision. Lorsqu'elle intervient avant le jugement d'ouverture de la procédure collective à l'encontre de l'entrepreneur individuel, les créanciers de ce dernier sont assimilés à des créanciers personnels d'un indivisaire. Dans ce cas, ce sont les règles de l'article 815 et suivant du Code civil qui s'appliquent. Ainsi, le conjoint de l'entrepreneur individuel peut exercer ses droits sur les biens indivis, conformément aux dispositions de l'article 815-1 qui dispose que « les indivisaires peuvent passer des conventions relatives à l'exercice de leurs droits indivis, conformément aux articles 1873-1 à 1873-18 »⁷⁸⁵ du Code civil. À cet effet, il peut demander le partage ou l'attribution préférentielle d'un bien, sous réserve de mettre en cause le liquidateur.

En cas de liquidation judiciaire, la jurisprudence considère qu'il appartenait au conjoint, qui demande l'attribution d'un bien indivis, « d'appeler en la cause le liquidateur de son époux et que,

⁷⁸¹Cass. com., 23 janv. 1996, n° 92-19.826, Bull. 1996, IV, n° 24.

⁷⁸²TGI, Limoges, 7 fév. 1991, D. 1991 ; Rev. proc. coll. 1991, p. 480, obs. Soinne.

⁷⁸³Selon l'art. L.624-9, C. com., « la revendication des meubles ne peut être exercée que dans le délai de trois mois suivant la publication du jugement ouvrant la procédure ».

⁷⁸⁴En effet, l'art. L. 624-5, C. com. dispose que « le conjoint du débiteur soumis à une procédure de sauvegarde établit la consistance de ses biens personnels conformément aux règles des régimes matrimoniaux et dans les conditions prévues par les articles L. 624-9 et L. 624-10 ».

⁷⁸⁵Les art. 1873-1 à 1873-18, C. civ. traitent « des conventions relatives à l'exercice des droits indivis », V. Livre III, Titre IX bis, C. civ.

faute de l'avoir fait, son droit à l'attribution préférentielle est inopposable à la liquidation judiciaire et ne peut constituer un obstacle à la licitation du bien indivis »⁷⁸⁶, car c'est un acte patrimonial qui n'échappe pas au dessaisissement. Ainsi, le liquidateur ne pourra pas réaliser les biens indivis. Toutefois, comme tout créancier personnel d'un indivisaire, il peut provoquer le partage sur le fondement de l'article 815-17 alinéa du Code civil, ce sans l'autorisation du juge-commissaire⁷⁸⁷.

Cependant, lorsque la séparation des biens est intervenue après le jugement d'ouverture de la procédure collective de l'entrepreneur individuel, les biens indivis seront appréhendés dans l'assiette de la procédure collective. Mais, il faut l'autorisation du juge-commissaire pour la vente et la réalisation de ces biens⁷⁸⁸.

402. On voit ainsi que la protection des biens du couple est loin d'être absolue. Aussi bien dans le régime de la communauté que dans celui de la séparation des biens, l'administrateur judiciaire ou le liquidateur pouvait remettre en cause cette protection. Le législateur avait prévu une hypothèse dans laquelle un bien propre ou personnel au conjoint *in bonis* peut être appréhendé par la procédure collective. Cette hypothèse était prévue par l'ancien article L. 624-6 du code de commerce, lequel disposait que « le mandataire judiciaire ou l'administrateur peut, en prouvant par tous les moyens que les biens acquis par le conjoint du débiteur l'ont été avec des valeurs fournies par celui-ci, demander que les acquisitions ainsi faites soient réunies à l'actif ». Elle visait à éviter que le débiteur ne fraude les droits des créanciers en transférant des biens de son patrimoine dans le patrimoine de son conjoint. Cependant, le Conseil constitutionnel a déclaré l'article L. 624-6 du code de commerce inconstitutionnel sur le fondement de la protection constitutionnelle du droit de propriété. Selon le Conseil constitutionnel l'application de cette possibilité au seul conjoint du débiteur, à l'exclusion de toute autre personne, entraîne une différence de traitement contraire au principe d'égalité devant la loi. La violation du droit de propriété, et plus précisément la protection qui en résulte à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 interdit toute privation de propriété sans que « la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité »⁷⁸⁹. A cet effet, l'ordonnance du 12 mars a définitivement supprimée cette hypothèse.

⁷⁸⁶ Cass. com., 7 avr. 2009, n° 08-16.510.

⁷⁸⁷ Cass. com., 12 nov. 2008, n° 07-17.078.

⁷⁸⁸ Cass. civ., 2^e, 9 nov. 2006, n° 05-12.205.

⁷⁸⁹ V. QPC du 12 nov. 2010 n° 2010-60 et du 13 juill. 2011, n° 2011-151.

B. Une efficacité biaisée par les lacunes de l'affectation fiduciaire

403. L'affectation fiduciaire est paralysée par l'ouverture d'une procédure collective en cas de convention de mise à disposition (A). À défaut de convention, le patrimoine fiduciaire peut être réalisé par les créanciers de l'entrepreneur individuel en dehors de la procédure collective (B).

1. La paralysie de l'affectation fiduciaire

404. L'article L. 622-23-1 du code de commerce consacre la neutralisation des droits des créanciers bénéficiaires de la fiducie en cas de procédure collective de l'entrepreneur individuel. Toutefois, l'interdiction de réalisation de la fiducie-sûreté ne s'applique que dans l'hypothèse où il existerait une convention de mise à disposition entre les parties. Cette disposition précise que « lorsque des biens ou droits présents dans le patrimoine fiduciaire font l'objet d'une convention de mise à disposition en exécution de laquelle le débiteur constituant en conserve l'usage ou la jouissance, aucune cession ou aucun transfert de ces biens ou droits ne peut intervenir au profit du bénéficiaire ou d'un tiers du seul fait de l'ouverture de la procédure, de l'arrêt du plan ou encore d'un défaut de paiement d'une créance née antérieurement au jugement d'ouverture ». Les biens, droits ou sûretés transférés dans le patrimoine fiduciaire peuvent être nécessaires à l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel. Dès lors, celui-ci peut assortir au contrat de fiducie, une convention de mise à disposition, moyennant le paiement d'un loyer, lui permettant de conserver l'usage et la jouissance des biens transférés.

405. En cas d'ouverture d'une procédure collective, la fiducie-sûreté sans dépossession confère à l'entrepreneur individuel plus de sécurité que la fiducie-sûreté avec dépossession. En l'absence de mise à disposition, les créanciers bénéficiaires peuvent saisir tous les biens contenus dans le patrimoine fiduciaire même s'ils sont détenus entre les mains du fiduciaire. La discipline collective ne s'oppose pas à une telle saisie puisque les biens transférés sont sortis du patrimoine de l'entrepreneur individuel et sont dans le patrimoine fiduciaire qui ne peut être atteint par la procédure collective. En revanche, lorsque les biens transférés dans le patrimoine fiduciaire sont conservés entre les mains de l'entrepreneur individuel, en vertu d'une convention de mise à disposition, l'efficacité de la fiducie-sûreté est paralysée pendant la période d'observation et en cas de sauvegarde ou de redressement de l'entrepreneur individuel, puisqu'étant nécessaire à la continuation de son activité.

Le législateur a instauré ainsi un compromis entre la survie de l'activité de l'entrepreneur individuel et la préservation des droits des créanciers fiduciaires. Si la sauvegarde ou le redressement de l'entreprise est envisageable, la fiducie-sûreté est neutralisée au détriment des créanciers fiduciaires. En revanche, si les chances de survie de l'entreprise sont minces, la fiducie-sûreté retrouve toute son efficacité et les créanciers bénéficiaires des biens affectés pourront saisir le patrimoine fiduciaire. Contrairement au contrat de fiducie, la convention de mise à disposition suit le régime des contrats en cours. Elle peut dès lors être résiliée par le juge-commissaire à la demande de

l'administrateur. Dans un tel cas, les biens reviennent au fiduciaire et les créanciers fiduciaires pourront les réaliser⁷⁹⁰.

Dans l'hypothèse où la convention de mise à disposition est maintenue, l'entrepreneur individuel est à juste titre un détenteur précaire, puisque les biens transférés ne font plus partie de son patrimoine. Le fiduciaire peut agir en revendication des biens conservés par l'entrepreneur individuel dans un délai de trois mois, à compter du jugement d'ouverture au BODACC⁷⁹¹. Il peut également agir en restitution des biens conservés en vertu de la convention de mise à disposition, sans qu'il soit enfermé dans un délai, à la condition toutefois que le contrat ait fait l'objet d'une publicité⁷⁹². Ainsi, la restitution effective se fait au jour de la résiliation de la convention de mise à disposition ou à son terme, conformément aux dispositions de l'article L. 624-10-1 du code de commerce.

De ce fait, les créanciers fiduciaires sont exclus des comités de créanciers en vertu de l'article L. 626-30 du code de commerce qui dispose que pour les « créanciers bénéficiaires d'une fiducie constituée à titre de garantie par le débiteur, seuls sont prises en compte, lorsqu'elles existent, celles de leurs créances non assorties d'une telle sûreté ». En d'autres termes, tout créancier qui a pour gage le patrimoine fiduciaire ou celui dont la créance est née de la conservation ou de la gestion dudit patrimoine ne peut être admis dans les comités de créanciers. Cette mesure se justifie, en effet, par la poursuite de l'efficacité de la fiducie-sûreté qui n'incitera pas les créanciers bénéficiaires de la fiducie à voter un plan qui leur imposera des sacrifices pour la survie de l'activité de leur débiteur. Toutefois, lorsque la totalité de leurs créances n'est pas couverte par le patrimoine fiduciaire, les créanciers fiduciaires pourront voter pour la partie de leurs créances non couverte par le patrimoine fiduciaire. C'est la solution que semble adopter l'ordonnance de décembre 2008, contrairement au projet initial qui excluait totalement ces derniers.

406. Par ailleurs, les biens affectés échappent à la cession de l'entreprise de l'entrepreneur individuel résultant de la sauvegarde ou du redressement. En réalité, les biens n'appartenant plus au constituant, les créanciers fiduciaires échappent ainsi aux règles régissant la cession des biens du débiteur à la suite d'une procédure collective⁷⁹³. De même, la convention de mise à disposition échappe à la cession, en vertu de l'article L. 642-7 alinéa 5 qui dispose que « la convention en exécution de laquelle le débiteur constituant conserve l'usage et la jouissance de biens ou droits

⁷⁹⁰ Ce qui différencie la fiducie-sûreté de l'hypothèque, puisque les biens hypothéqués sont neutralisés jusqu'à la fin de la procédure.

⁷⁹¹ À l'expiration de ce délai, le droit de propriété du fiduciaire est inopposable pendant toute la durée de la procédure.

⁷⁹² V. art. L. 624-10, C. com.

⁷⁹³ V. art. L. 642-12, C. com.

transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire ne peut être cédée au cessionnaire, sauf accord des bénéficiaires du contrat de fiducie ».

2. La réalisation de l'affectation fiduciaire

407. En l'absence d'une convention de mise à disposition, on l'a vu, les créanciers fiduciaires peuvent saisir les biens contenus dans le patrimoine fiduciaire en mettant fin au contrat de fiducie. L'interdiction posée à l'article L. 622-23-1 du code de commerce ne vise que la réalisation des biens et droits présents dans le patrimoine fiduciaire qui ont fait l'objet d'une convention de mise à disposition. Dans ce cas, les créanciers ne sont pas soumis à la suspension des poursuites individuelles, puisque les biens ou droits sont sortis du patrimoine de l'entrepreneur individuel.

408. Par ailleurs, même avec une fiducie-sûreté avec dépossession et si le plan de sauvegarde ou de redressement n'est pas respecté, les créanciers fiduciaires retrouvent leurs droits de réaliser la fiducie. L'article L. 626-27, I du code de commerce dispose, à cet effet, que le jugement prononçant la résolution du plan met fin aux opérations et à la procédure lorsque celle-ci est en cours et fait recouvrer aux créanciers l'intégralité de leurs droits et emporte déchéance des délais accordés à l'entrepreneur individuel. Le régime des contrats en cours est écarté, en cas d'ouverture d'une liquidation judiciaire, aussi bien pour le contrat de fiducie que pour la convention de mise à disposition, en vertu de l'article L. 641-11-1, V du code de commerce.

409. Quant à la fiducie-gestion, l'article L. 641-12-1 de ce même code dispose que si le débiteur est constituant et seul bénéficiaire du contrat de fiducie, l'ouverture ou le prononcé d'une liquidation judiciaire à son égard entraîne la résiliation de plein droit de ce contrat et le retour dans son patrimoine des droits, biens ou sûretés présents dans le patrimoine fiduciaire.

410. Contrairement aux régimes juridiques du pacte comissoire et de l'hypothèque où les créanciers ne peuvent mettre en œuvre leurs droits en cas de liquidation judiciaire, les créanciers fiduciaires bénéficient de traitement plus favorable au cours de la procédure de liquidation car ils peuvent « récupérer les biens ou les droits (transférés dans le patrimoine fiduciaire) dès l'ouverture de la procédure et donc d'être désintéressé à hauteur de leur valeur sans subir le concours des autres créanciers »⁷⁹⁴.

⁷⁹⁴ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janv. 2009 portant divers mesures relatives à la fiducie, JORF n° 0026 du 31 janv. 2009, p. 1851.

§ 2. L'EFFICACITE RELATIVE DES MECANISMES SPECIFIQUES A L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL

411. Comme la fiducie, les mécanismes de protection spécifiques à l'entrepreneur individuel doivent, pour leur efficacité, être mis en place avant la survenance des difficultés de l'entrepreneur individuel afin d'éviter d'être remis en cause par les nullités de la période suspecte. Légalement constitué, ils doivent assurer pleinement l'efficacité de la protection des biens personnels de l'entrepreneur individuel. Avec la déclaration d'insaisissabilité, tous les biens immobiliers de l'entrepreneur individuel qui ne sont pas utilisés dans l'exercice de son activité professionnelle sont hors de la procédure collective. Il en est de même du patrimoine personnel de l'EIRL qui, en principe, n'est pas concerné par l'ouverture d'une procédure collective.

Cependant, la problématique de l'efficacité de la déclaration d'insaisissabilité se situe en dehors de la procédure collective (A). De même l'EIRL fait face à l'incertitude de l'efficacité de l'affectation patrimoniale, notamment en cas de pluralité de procédures (B).

A. La problématique de l'efficacité de la déclaration d'insaisissabilité

412. La position de la Cour de cassation est claire sur l'opposabilité de la déclaration d'insaisissabilité à la procédure collective. Mais, au-delà de la procédure collective de l'entrepreneur individuel, la question qui demeure est de savoir si les créanciers dont la déclaration était inopposable, avant la cessation des paiements de l'entrepreneur individuel, peuvent saisir les biens déclarés insaisissables, nonobstant l'effet réel de la procédure en cours. Toutes les poursuites individuelles dirigées contre l'entrepreneur individuel devraient être arrêtées. Cependant, en excluant les biens insaisissables du champ de la procédure collective, la Cour de cassation n'a-t-il pas permis aux créanciers dont la déclaration est inopposable de poursuivre la réalisation de ces dits biens. Une partie de la doctrine pense que la portée de la solution de la Cour de cassation devait être seulement limitée au liquidateur⁷⁹⁵. En d'autres termes, les biens situés en dehors de la procédure peuvent être saisis par les créanciers auxquels la déclaration est inopposable. Ces derniers peuvent exercer leurs droits de poursuite au détriment des règles de la procédure collective dans la mesure où l'insaisissabilité édictée par l'article L. 526-1 du code de commerce est une insaisissabilité relative qui ne doit pas être transformée en une insaisissabilité absolue⁷⁹⁶. Au regard de la finalité de la discipline collective qui est d'assurer une égalité entre les créanciers par le gel du passif de l'entrepreneur individuel, les biens qui en sont exclus doivent être saisissables par les créanciers à qui elle n'est pas opposable, sans même qu'ils aient besoin de déclarer leurs créances.

⁷⁹⁵ Ibid.

⁷⁹⁶ F. Pérochon, Efficacité de la déclaration d'insaisissabilité... : oui, mais après ? op. cit., dossier n° 25.

Cependant, pour d'autres auteurs, la suspension des poursuites individuelles doit s'appliquer à tous les créanciers quel que soit leur situation⁷⁹⁷. La procédure étant dirigée contre l'entrepreneur individuel et non contre son patrimoine, la règle de l'arrêt des poursuites doit s'appliquer aussi bien aux créanciers concernés par la déclaration d'insaisissabilité qu'à ceux dont la déclaration est inopposable. A ce titre, l'article L. 622-21 du code de commerce dispose que « le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers » contre l'entrepreneur individuel⁷⁹⁸. Ainsi, selon ces auteurs, la généralité de l'article L. 622-21 du code de commerce englobe tous les créanciers quel que soit leur privilège ou l'étendue de leur gage sur le patrimoine de l'entrepreneur individuel. Dès lors, les créanciers auxquels la déclaration d'insaisissabilité est inopposable ne peuvent saisir le patrimoine immobilier mis hors de la procédure collective. Leurs créances doivent être déclarées et ils ne seront désintéressés que dans le cadre de la procédure. Contrairement aux créanciers alimentaires⁷⁹⁹ et aux créanciers titulaire d'un droit de propriété, ces derniers sont soumis à la rigueur des procédures collectives. Les premiers conservent leurs droits de poursuite en vertu de la volonté du législateur et du juge, les seconds exercent leur droit de revendication sur un bien qui leur appartient et qui n'est pas censé entrer dans le gage des créanciers. Or, comme l'a si bien souligné Véronique Legrand, le créancier auquel la déclaration d'insaisissabilité est inopposable « n'est titulaire de son droit sur l'immeuble qu'en sa seule qualité de créancier »⁸⁰⁰.

413. Au regard de leur analyse, la déclaration d'affectation doit produire également tout son effet en dehors de la procédure collective dès l'instant que les créanciers ne peuvent pas saisir l'immeuble, y compris les créanciers auxquels la déclaration est inopposable. Toutefois, doit-on légitimement se demander jusqu'où va cette insaisissabilité. L'article L. 643-11 du code de commerce dispose à cet effet que « le jugement de clôture de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur », sauf dans certains cas exceptionnels prévus par le texte. Il en résulte dès lors que seuls les créanciers bénéficiant d'un

⁷⁹⁷ Ibid.

⁷⁹⁸ Art. L. 622-21, C. com. « I.-Le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17 et tendant :

1° A la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ;

2° A la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent.

II. Il arrête ou interdit également toute procédure d'exécution de la part de ces créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles ainsi que toute procédure de distribution n'ayant pas produit un effet attributif avant le jugement d'ouverture.

III. Les délais impartis à peine de déchéance ou de résolution des droits sont en conséquence interrompus ».

⁷⁹⁹ Cass. Com., 8 oct. 2003, D. 2003, p. 2637, obs. A Lienhard.

⁸⁰⁰ V. Legrand, Rev. soc., op. cit. p. 394.

droit de poursuite individuelle, tel que prévu par les articles L. 622-17⁸⁰¹ et L. 641-13⁸⁰² du code de commerce, peuvent saisir les biens déclarés insaisissables à condition bien évidemment que la déclaration ne leur soit opposable conformément à l'article L. 526-1 du code de commerce.

414. Néanmoins, dès l'instant que le bien déclaré insaisissable ne peut être saisi par les organes de la procédure collective au nom de l'intérêt collectif des créanciers, il nous semble que celui-ci puisse être saisi par les créanciers à qui la déclaration est inopposable. Le bien n'étant pas intégré dans l'assiette de la procédure collective, la règle de l'interdiction des poursuites ne doit pas s'appliquer aux créanciers poursuivant la réalisation du bien en dehors de la procédure collective.

B. L'incertitude sur l'efficacité de l'affectation patrimoniale

415. L'ouverture d'une procédure à l'encontre de l'EIRL soulève la question de la fragilité de l'affectation au regard de la diversité de créanciers dans la procédure (1) et de la pluralité de procédures face à l'affectation patrimoniale (2).

1. La fragilité de l'affectation patrimoniale face à la procédure collective

416. Contrairement à la déclaration d'insaisissabilité, l'objectif poursuivi par le législateur est la protection de tout le patrimoine privé, et non seulement le patrimoine immobilier de l'entrepreneur individuel. Aux termes de l'article L. 526-12 du code de commerce, la déclaration d'affectation est opposable de plein droit aux créanciers dont les droits sont nés postérieurement à son dépôt⁸⁰³. Contrairement à la déclaration notariée d'insaisissabilité, l'affectation est opposable aussi bien aux créanciers domestiques qu'aux créanciers professionnels de l'entrepreneur individuel. La loi sur l'EIRL soumet l'opposabilité du patrimoine d'affectation aux créanciers antérieurs à son dépôt à une double condition. D'une part, l'entrepreneur individuel doit manifester sa volonté de leur rendre la

801 En effet, « le juge-commissaire peut autoriser le débiteur à faire un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise, à consentir une hypothèque, un gage ou un nantissement ou à compromettre ou transiger.

Le juge-commissaire peut aussi l'autoriser à payer des créances antérieures au jugement, pour retirer le gage ou une chose légitimement retenue ou encore pour obtenir le retour de biens et droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire, lorsque ce retrait ou ce retour est justifié par la poursuite de l'activité. Ce paiement peut en outre être autorisé pour lever l'option d'achat d'un contrat de crédit-bail, lorsque cette levée d'option est justifiée par la poursuite de l'activité et que le paiement à intervenir est d'un montant inférieur à la valeur vénale du bien objet du contrat ». Art. L. 622-17-II, C. com.

802 L'art. L. 643-13-I, C. com dispose que « sont payées à leur échéance les créances nées régulièrement après le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire pour les besoins du déroulement de la procédure ou du maintien provisoire de l'activité autorisé en application de l'article L. 641-10 ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant ce maintien de l'activité.

En cas de prononcé de la liquidation judiciaire, sont également payées à leur échéance, les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire mentionnées au I de l'article L. 622-17 ».

803 Art. L. 526-12 al. 1, C. com.

déclaration opposable dans certaines conditions fixées par voie réglementaire⁸⁰⁴ et d'autre part, que les créanciers ne fassent pas opposition dans les délais requis⁸⁰⁵. Dès l'instant que l'entrepreneur individuel ne respecte pas les délais et les conditions fixés par la loi ou lorsqu'il n'offre pas des garanties suffisantes à ces derniers, leur opposition sera retenue et la déclaration d'affectation n'aura aucun effet à leur égard.

417. En cas de procédure collective, ces créanciers sont certes soumis à la discipline collective pour leurs créances nées à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel en raison du caractère *erga omnes* de l'ouverture de la procédure collective⁸⁰⁶. Mais, ils conservent également leurs droits sur le patrimoine non affecté à l'instar des créanciers domestiques qui ne sont pas quant à eux concernés par la procédure collective. En revanche, rien n'interdit aux créanciers domestiques de « déclarer leurs créances au passif de la procédure collective de l'EIRL en raison de leurs droits sur le dernier bénéfice réalisé en cas d'insuffisance du patrimoine non affecté »⁸⁰⁷. Toutefois, on doute fort que leurs déclarations puissent être admises puisque l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel fait l'objet d'une procédure.

Cependant, pour les créanciers dont l'affectation d'un seul bien leur est inopposable⁸⁰⁸, certains auteurs pensent que le bien est appréhendé par la procédure et que les créanciers non professionnels peuvent exercer leurs droits sur ledit bien en déclarant leurs créances⁸⁰⁹. Tandis que, d'autres soutiennent au contraire que le bien ne fait pas parti du gage des créanciers professionnels et par conséquent n'entre pas dans le périmètre des biens concernés par la procédure collective. Or, une telle solution reviendrait à admettre la nullité de l'affectation là où le législateur n'a prévu qu'une simple inopposabilité.

418. Le souci de protéger les créanciers de l'entrepreneur individuel, afin qu'ils ne soient pas lésés dans leurs droits, constitue un obstacle à l'efficacité de la protection issue du mécanisme de l'affectation patrimoniale. D'abord, concernant, l'affectation des biens à l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel, nous avons vu qu'elle concerne effectivement les biens nécessaires à l'affectation et les biens facultatifs. La loi sur l'EIRL sanctionnant toute soustraction d'un bien

⁸⁰⁴ V. à cet effet, B. Saintourens, L'EIRL, Rev. soc., sept. 2010, n° 56.

⁸⁰⁵ Les créanciers antérieurs disposent d'un délai de 30 jours à compter de la réception de la lettre recommandée pour faire opposition. L'art. R. 526-10, C. com dispose à cet effet que « l'opposition mentionnée au troisième alinéa de l'article L. 526-12 est formée dans le délai d'un mois à compter de la date de première présentation de l'information individuelle prévue à l'article R. 526-8 ».

⁸⁰⁶ V. à ce propos, P. Pétel, L'adaptation des procédures collectives à l'EIRL, JCP E 2011, I, 1071, spéc. n° 7.

⁸⁰⁷ V. D. Demeyère, Caractère collectif de la procédure et EIRL, Rev. proc. coll., mai 2012 - n° 3.

⁸⁰⁸ Ibid.

⁸⁰⁹ Ibid.

nécessaire au gage des créanciers professionnels par la possibilité pour le liquidateur de saisir le bien non affecté et jugé nécessaire à l'exercice de l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel. Cependant, il appartiendra au liquidateur de prouver le caractère nécessaire du bien. Tout comme le créancier domestique peut exercer son droit de saisie sur un bien faussement affecté⁸¹⁰.

Les créanciers peuvent ensuite, en cas de procédure collective, contester l'affectation d'un bien. Aux termes de l'article L. 680-7 du code de commerce, « sans préjudice de la compétence attribuée au juge-commissaire par l'article L. 624-19, le tribunal saisi d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ouverte à l'égard d'un EIRL connaît des contestations relatives à l'affectation des éléments du patrimoine de cet entrepreneur qui s'élèvent à l'occasion de cette procédure ». Dès lors, la protection du patrimoine privé de l'entrepreneur individuel n'est pas absolue dans la mesure où les créanciers peuvent remettre en cause l'affectation, et partant de là, la consistance même de leur gage en cas de difficulté de l'entrepreneur individuel.

419. Il en est de même lorsqu'il y a confusion de patrimoines. Lorsque l'entrepreneur individuel crée une confusion dans la gestion de son patrimoine professionnel et privé, le juge peut étendre la procédure sur son patrimoine privé. En droit commun, les critères d'appréciation sont stricts. Dès lors que des flux financiers anormaux sont constatés dans la gestion de ses patrimoines professionnel et privé, l'affectation peut être remise en cause. Elle peut l'être également en cas de manquement grave aux obligations posées par l'article L. 526-6 du code de commerce. Selon les articles L. 526-12⁸¹¹ et L. 621-2⁸¹² du code de commerce la violation de ces obligations emporte la responsabilité de l'entrepreneur individuel sur la totalité de ses patrimoines. On constate autant de failles que pourraient exploiter les créanciers de l'EIRL pour venir à bout de l'étanchéité du cloisonnement patrimoniale. Les créanciers professionnels, de même que les créanciers domestiques chercheront, en effet, à remettre en cause le choix opéré par l'entrepreneur individuel afin d'étendre leur gage sur les biens figurant dans le patrimoine qui leur est rendu inaccessible, notamment lorsque leur débiteur est défaillant.

420. Les exceptions apportées par l'ordonnance du 9 décembre 2010 sont nombreuses et importantes au point que l'étanchéité des patrimoines de l'entrepreneur individuel s'avère quasi

⁸¹⁰ V. à ce propos, B. Saintourens, L'EIRL, op. cit. p. 351.

⁸¹¹ Aux termes de l'article L. 526-12 2°, C. com., « l'EIRL est responsable sur la totalité de ses biens et droits en cas de fraude ou en cas de manquement grave aux règles prévues au deuxième alinéa de l'article L. 526-6 ou aux obligations prévues à l'article L. 526-13 ».

⁸¹² Aux termes de l'article L. 621-2 al. 2, C. com., « un ou plusieurs autres patrimoines du débiteur EIRL peuvent être réunis au patrimoine visé par la procédure, en cas de confusion avec celui-ci. Il en va de même lorsque le débiteur a commis un manquement grave aux règles prévues au deuxième alinéa de l'article L. 526-6 ou aux obligations prévues à l'article L. 526-13 ou encore une fraude à l'égard d'un créancier titulaire d'un droit de gage général sur le patrimoine visé par la procédure ».

impossible lorsqu'il est soumis à une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire⁸¹³. Cette difficulté est d'autant plus manifeste en fait lorsque l'entrepreneur individuel dispose de plusieurs patrimoines d'affectation pour chacune de ses activités professionnelles. Certains créanciers peuvent entretenir avec l'EIRL des relations professionnelles dans deux ou plusieurs de ses activités. Ainsi, lorsque l'un des patrimoines est en difficulté, ces créanciers seront soumis à la discipline collective pour leurs créances qui sont nées dans le cadre de l'activité pour laquelle le patrimoine défaillant est affecté. Les créances nées du chef des autres patrimoines *in bonis* demeurent hors de la procédure. Toutefois, le rattachement de la créance à un patrimoine bien défini peut poser des problèmes, lorsque, notamment la créance à un caractère mixte.

Il en est ainsi des dettes qui se rapportent, en partie de l'activité professionnelle de l'EIRL et pour une autre partie, soit d'une autre activité professionnelle exercée hors patrimoine d'affectation, soit pour les besoins personnels de l'entrepreneur individuel. La doctrine avance plusieurs hypothèses parmi lesquelles, des difficultés liées à la détermination du passif peuvent être constatées. En effet, le cas le plus classique est la souscription d'un prêt pour l'achat d'une voiture que l'entrepreneur utilise aussi bien dans le cadre de son activité professionnelle que pour ses besoins personnels. Il peut également s'agir de contrats conclus auprès d'un fournisseur pour deux activités différentes. Quoiqu'il en soit, l'article L. 526-6 du code de commerce précise qu'« un même bien, droit ou obligation ne peut entrer dans la composition que d'un seul patrimoine affecté ». Mais, qu'en est-il lorsque l'obligation naît au profit de deux activités, l'une exploitée au titre d'un patrimoine affecté et l'autre exercée hors patrimoine ? Dès l'instant qu'un bien intègre le patrimoine affecté, certains auteurs pensent qu'il ne peut être compris dans le patrimoine non affecté, même s'il est utilisé dans une autre activité.

La logique voudrait qu'il en soit de même pour les droits et les obligations qui naissent des contrats. La dette qui se rapporte à un bien doit nécessairement suivre l'affectation du bien⁸¹⁴. Or, si le bien n'entre pas dans la composition d'aucun patrimoine en raison de sa nature. Supposons que le bien appartient à un tiers⁸¹⁵, il ne peut entrer ni dans la composition du patrimoine affecté, ni dans celle du patrimoine personnel. Certains auteurs pensent que le lien entre la créance et l'activité à laquelle le patrimoine est affecté constitue une présomption d'affectation⁸¹⁶.

⁸¹³ V. à ce propos, J. Vallansan, L'EIRL en difficulté, Rev. Proc. Coll., 2011, étude n° 2 ; B. Dondero, L'EIRL ou l'entrepreneur fractionnée, op. cit., p. 679. ; C. Saint-Alary-Houin, EIRL et procédures collectives, Dr. et patr., avr. 2011, p. 63.

⁸¹⁴ S. Piedelièvre, L'entreprise individuelle à responsabilité limitée, Defrénois, 2010, p. 1417, n° 14.

⁸¹⁵ Par exemple, un bien acquis en crédit-bail ou sous réserve de propriété.

⁸¹⁶ V. à ce propos, M.-H. Monsérié, Brèves réflexions sur les contrats et l'EIRL, Bull. Joly Ent. Diff., 1er mars 2011 n° 1, p.65 et s.

2. La complexité de l'affectation patrimoniale face à la procédure collective

421. Comme si les difficultés soulevées par l'introduction du patrimoine d'affectation en droit français ne suffisaient pas, le législateur permet aux entrepreneurs individuels de créer autant de patrimoine que l'exige leurs activités professionnelles. Cette pluralité des patrimoines d'affectation n'est pas sans source de difficultés, notamment lorsque l'entrepreneur individuel est soumis à une procédure collective sur une ou plusieurs de ses patrimoines. L'ordonnance du 9 décembre 2011 qui renvoi à l'article L. 680-1 du code de commerce précise que les dispositions du code de commerce « qui intéressent les droits et obligations des créanciers du débiteur EIRL s'appliquent, sauf dispositions contraires, dans les limites du seul patrimoine affecté à l'activité en difficulté ou, si l'activité est exercée sans patrimoine, du seul patrimoine non affecté ».

422. Dans l'hypothèse où l'EIRL est en difficulté dans son patrimoine tant professionnel que personnel, il sera soumis pour son activité professionnelle à la discipline collective et son patrimoine personnel aux règles du droit du surendettement. Des auteurs se sont interrogés, avant, l'adoption de la loi du juin 2010, sur la possibilité pour l'EIRL de prétendre à une procédure de surendettement⁸¹⁷, rejetant ainsi, l'admission concomitante d'une procédure collective et d'une procédure de surendettement⁸¹⁸. Les initiateurs même du projet avaient exclu cette hypothèse en admettant que l'EIRL ne peut être soumis à la procédure de surendettement qu'à la condition que « son activité professionnelle demeure viable »⁸¹⁹. D'autres ont estimé que le patrimoine privé et le patrimoine professionnel devaient être soumis à des procédures distinctes relevant toutes des dispositions du code de commerce⁸²⁰. Cependant, la solution retenue dans l'ordonnance du 9 décembre 2011 rejoint la position de la partie de la doctrine qui considérait que chaque patrimoine doit relever de sa propre procédure, le patrimoine privé doit relever de la procédure de surendettement et le patrimoine professionnel, de la procédure collective⁸²¹. Cette dernière solution paraît la plus logique car elle repose sur la scission patrimoniale voulue par le législateur. L'article L. 337-7, alinéa 1 du code de la consommation pose le principe d'éligibilité de l'EIRL aux dispositions du droit du surendettement. L'alinéa 2 dudit article précise que ces dispositions « s'appliquent à raison d'une situation de surendettement résultant uniquement de dettes non professionnelles. En ce cas, celles de ces dispositions qui intéressent les biens, droits et obligations du débiteur doivent être comprises, sauf

⁸¹⁷ V. à ce propos, V. Legrand, L'EIRL pourra-t-il prétendre à une procédure de surendettement ?, D. 2010, p. 2358.

⁸¹⁸ S. Tandeau, Réflexions générales d'un praticien, Dr. et patr., avr. 2010, p. 82.

⁸¹⁹ Rapp. AN, n° 2298, p. 26.

⁸²⁰ M. Sénéchal, Le patrimoine affecté à l'épreuve du droit des procédures collectives, Dr. et patr. 2010, n° 191, p. 89 s., spéc. p. 93.

⁸²¹ V. F. Pérochon, L'EIRL et ses patrimoines, op. cit. n° 24 ; V. aussi, V. Legrand, L'EIRL pourra-t-il prétendre à une procédure de surendettement, op. cit. 2385.

dispositions contraires, comme visant les seuls éléments du patrimoine non affecté. Celles qui intéressent les droits et obligations des créanciers du débiteur s'appliquent dans les limites du seul patrimoine non affecté »⁸²².

Le droit du surendettement exclut les dettes professionnelles du champ d'appréciation de l'état de surendettement de l'entrepreneur individuel. A l'instar du simple entrepreneur individuel, l'EIRL qui exploiterait une activité indépendante dans le cadre de son patrimoine non affecté est exclu du bénéfice des dispositions du droit du surendettement. En effet, dans cette hypothèse, conformément aux dispositions de l'article L. 333-3 du Code de la consommation, l'EIRL est soumis pour son patrimoine non affecté aux procédures commerciales. Cette règle vaut pour l'entrepreneur de droit commun, il n'en irait pas autrement pour l'EIRL. En revanche, selon la jurisprudence, les dettes fiscales ou sociales qui grèvent le patrimoine privé de l'EIRL n'empêchent pas la recevabilité de la demande de traitement du surendettement de l'EIRL⁸²³. Nous avons vu que le caractère professionnel de ces dettes était incertain.

Le cautionnement et la garantie solidaire sont, depuis la loi du 4 août 2008 sur la modernisation de l'économie, pris en compte dans l'appréciation de l'état de surendettement du débiteur⁸²⁴. Ce traitement doit-il être étendu à l'EIRL qui aurait consenti une sûreté sur son patrimoine privé au profit de son patrimoine professionnel ou d'un autre patrimoine. L'ordonnance du 9 décembre 2010 n'ayant pas adapté le droit des sûretés au statut de l'EIRL, le doute reste permis. Mais, s'agissant du cautionnement, certains auteurs pensent que, compte tenu de sa définition qui implique la présence de deux personnes, le doute n'est plus permis⁸²⁵.

Le cloisonnement risque d'être illusoire en cas de concours de procédures⁸²⁶. A l'exception d'une procédure de surendettement, l'article L. 333-7 du Code de consommation met à la charge de l'EIRL une obligation d'information à l'égard de la commission de surendettement d'une éventuelle procédure collective⁸²⁷.

423. S'agissant des patrimoines de l'EIRL, l'article L. 680-1 du code de commerce pose le principe que dorénavant, il faut raisonner patrimoine par patrimoine. La procédure collective n'est

⁸²² Art. L. 333-7 al. 2, C. consomm.

⁸²³ Cass. civ. 2^e, 21 déc. 2006, Bull. civ., 2006, II, n° 373; Cass. civ. 2^e, 15 nov. 2007, n° 05-15094; Cas. civ. 2^e, 21 janv. 2010, n° 08-19984, Jurisdata, n° 2010-051170.

⁸²⁴ Art. L. 330-1, C. consomm.

⁸²⁵ Ph. Simpler, EIRL et communauté de biens entre époux, JCP G, 2011, p. 4.

⁸²⁶ Th. Montéran, EIRL : le miroir aux alouettes ? Gaz. pal., 8 janv. 2011, p. 3.

⁸²⁷ L'art. L. 333-7 al. 3, C. consomm. dispose à cet effet que « lorsqu'une procédure de surendettement est engagée devant la commission à la demande d'un EIRL, celui-ci indique, lors du dépôt du dossier, si une procédure instituée par les titres II à IV du livre VI du code de commerce est ouverte à son bénéfice et auprès de quelle juridiction.

plus ouverte en fonction de la personne du débiteur. Mais, elle l'est en fonction du ou des patrimoines de l'EIRL affectés à une activité professionnelle en difficulté. Il peut même s'agir du patrimoine non affecté lorsque, conformément à l'article L. 680-3 du code de commerce, l'EIRL exerce une activité indépendante dans le cadre de son patrimoine non affecté. Dès lors, des difficultés financières peuvent affecter simultanément plusieurs patrimoines de l'EIRL. Chaque patrimoine sera soumis alors à une procédure distincte. Ainsi, le principe jurisprudentiel⁸²⁸ selon laquelle « saisit sur saisit ne vaut » qui implique qu'aucune procédure ne peut être ouverte à l'encontre d'un débiteur tant qu'une autre est en cours, connaît une exception avec l'EIRL⁸²⁹.

424. La pluralité des patrimoines conduira certainement à des situations inextricables. L'EIRL se retrouvant avec des patrimoines *in bonis* dans certaines de ses activités et une ou d'autres patrimoines soumis à la discipline collective. Ce qui pourrait probablement entraîner des imbrications qui remettent en cause, non seulement l'efficacité de la protection du patrimoine personnel des entrepreneurs recherchée par le législateur, mais également l'égalité des droits entre les créanciers professionnels. Au-delà, cette situation créera certainement à l'avenir des combinaisons dans lesquelles aussi bien l'EIRL que ses créanciers, les mandataires de justice, ou les juges ne pourront s'extirper. Ce qui remet en cause le souci de simplicité perçu à la lecture des premier et deuxièmement de l'alinéa 6 de l'article L. 526-12 du code de commerce.

⁸²⁸ Consacré par les art. L. 620-2, C. com. pour la sauvegarde, L. 631-2, C. com. pour le redressement judiciaire et L. 640-2, C. com. pour la liquidation judiciaire.

⁸²⁹ V. à ce propos, C. Regnaud-Moutier, EIRL : adaptation de la règle « faillite sur faillite ne vaut », Rev. proc. coll., n° 2, mars 2011, dossier n° 18.

SECTION II.

LA NECESSITE DU RENFORCEMENT DES MECANISMES DE PROTECTION

425. L'ouverture d'une procédure collective à l'égard de l'entrepreneur individuel permet de constater les situations dans lesquelles l'efficacité des mécanismes de protection de ce dernier peut être contestée. Face à ce constat, nous nous permettons de proposer des pistes afin de renforcer l'efficacité du dispositif de protection l'entrepreneur individuel (Paragraphe 1). D'autre part, si le droit des procédures vient mettre à nu l'efficacité des mécanismes de protection de l'entrepreneur individuel, utilisé intelligemment par ce dernier, il constitue à son tour un mécanisme efficace de protection, non seulement de son patrimoine personnel mais de son activité professionnelle (Paragraphe 2).

§ 1. LE RENFORCEMENT DES MECANISMES DE PROTECTION

426. L'efficacité des mécanismes de protection de l'entrepreneur individuel passe par le renforcement de l'étanchéité de la séparation des patrimoines instaurée par l'affectation fiduciaire et l'affectation patrimoniale d'une part, et la prohibition de la faculté de renonciation qui peut être parfois une voie usitée par les créanciers pour contourner le cloisonnement des patrimoines ou la soustraction des biens immobiliers personnels. Ainsi, nous verrons d'abord le renforcement des mécanismes spécifiques à l'entrepreneur individuel (Paragraphe 1) avant de nous intéresser à l'utilisation efficiente des mécanismes de droit commun pour protéger certains biens de l'entrepreneur individuel (Paragraphe 2).

A. Le renforcement des mécanismes spécifiques à l'entrepreneur individuel

427. Il convient de voir d'abord comment peut-on renforcer l'efficacité du dispositif de l'EIRL (1) avant de nous intéresser à la déclaration d'insaisissabilité (2).

1. Le renforcement du mécanisme de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée

428. Le renforcement de l'affectation patrimoniale passe par le renforcement de l'étanchéité de la séparation des patrimoines (a) et l'interdiction de la renonciation (b).

a. Le renforcement de l'étanchéité de la séparation patrimoniale

429. La fragilité du mécanisme de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée est, comme nous l'avons souligné, liée à la complexité de sa constitution mais également à sa faiblesse face au droit des procédures collectives. La complexité des règles régissant ce mécanisme, notamment au

cours de la vie de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée a conduit le législateur à apporter des améliorations afin de décomplexifier le mécanisme.

En outre, l'adaptation du statut de l'EIRL au droit des entreprises en difficultés n'a pas permis de résoudre toutes les questions. De plus, la loi de 2010 relative à l'entreprise individuelle à responsabilité limitée a multiplié les hypothèses dans lesquelles le cloisonnement instauré par la déclaration d'affectation pourrait être remis en cause. La pluralité des hypothèses de décloisonnement anéanti l'efficacité du mécanisme, notamment en cas d'ouverture d'une procédure collective où les organes de ladite procédure chercheront par tous les moyens d'attirer le patrimoine non affecté dans la procédure collective.

430. Le législateur devrait renforcer ainsi l'efficacité du mécanisme en réduisant les risques de décloisonnement. Certes, la tâche n'est pas facile car les dispositions régissant l'entreprise individuelle à responsabilité limitée sont issues d'un compromis entre deux exigences fondamentales qui sont de protéger d'une part le patrimoine domestique de l'entrepreneur individuel, et d'autre part de garantir le respect des droits des créanciers. Toutefois, il ne sert à rien de déroger au droit de gage général des créanciers de l'EIRL lorsque ceux-ci peuvent remettre en cause le mécanisme de protection dès la survenance des premières difficultés de paiement.

Outre le fait de renforcer l'étanchéité du cloisonnement patrimonial, le législateur devrait également exclure du mécanisme de l'EIRL toute idée de renonciation partielle

b. L'encadrement de la faculté de renonciation

431. L'EIRL dispose de la faculté de renoncer à l'affectation patrimoniale aux termes de l'article L. 526-15 du code de commerce. Selon ce texte, « en cas de renonciation de l'EIRL à l'affectation (...), la déclaration d'affectation cesse de produire ses effets. Toutefois, en cas de cessation, concomitante à la renonciation, de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté (...), les créanciers mentionnés aux 1^o et 2^o de l'article L. 526-12 conservent pour seul gage général celui qui était le leur au moment de la renonciation ou du décès »⁸³⁰. A la lecture de cette disposition, il semble que le législateur ne consacre que la renonciation totale⁸³¹ au statut de l'EIRL⁸³². Se pose la question de savoir si l'EIRL peut renoncer à l'affectation patrimoniale au profit de certains de ses créanciers ? En principe, la réponse est négative car cette faculté remettrait en cause l'efficacité du

⁸³⁰ Art. L. 526-15, al. 1, C. com.

⁸³¹ En effet, « en cas de renonciation, l'entrepreneur individuel en fait porter la mention au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration prévue à l'article L. 526-7 », art. L. 526-15, al. 2, C. com.

⁸³² Cette disposition s'applique également en cas de décès de l'EIRL. En effet, « en cas de décès, un héritier, un ayant droit ou toute personne mandatée à cet effet en fait porter la mention au même registre », art. L. 526-15, al. 2, C. com.

mécanisme. Pourtant, certains auteurs semblent s'orienter vers cette possibilité⁸³³. Selon eux, l'EIRL devrait pouvoir renoncer au cloisonnement patrimoine au profit de certains de ses créanciers en constituant des garanties sur son patrimoine personnel.

Cependant, admettre que l'EIRL puisse renoncer à l'affectation patrimoine au profit de certains de ses créanciers c'est admettre l'inefficacité du mécanisme. Dans la mesure où cette possibilité existe, les créanciers n'hésiteront pas à exiger de leur débiteur qu'il renonce à l'affectation patrimoniale à leur profit avant de lui consentir leur concours. Dès lors, la déclaration d'affectation qui était censé être un mécanisme de protection du patrimoine personnel de l'EIRL deviendra ainsi un moyen de garantie au profit des créanciers professionnels. Rien n'interdira alors au créancier professionnel d'exiger d'un entrepreneur individuel sollicitant un concours financier de se constituer EIRL et de renoncer par la suite, à son profit, à cette affectation afin d'exclure les autres créanciers professionnels de l'entrepreneur individuel d'une partie consistante du patrimoine de leur débiteur.

432. Cette même logique devait conduire également le législateur à revenir sur la faculté de renonciation offerte à l'entrepreneur individuel qui a effectué une déclaration d'insaisissabilité.

2. Le renforcement de l'efficacité de la déclaration d'insaisissabilité

433. L'entrepreneur individuel peut renoncer à la déclaration d'insaisissabilité de manière totale ou partielle. Cette faculté de renonciation partielle à la déclaration d'insaisissabilité est, contrairement à celle préconisée par certains auteurs, consacrée par le législateur français. Selon l'article L. 526-3 du code de commerce « la déclaration peut, à tout moment, faire l'objet d'une renonciation soumise aux mêmes conditions de validité et d'opposabilité. La renonciation peut porter sur tout ou partie des biens ; elle peut être faite au bénéfice d'un ou plusieurs créanciers mentionnés à l'article L. 526-1 désignés par l'acte authentique de renonciation »⁸³⁴. Or, comme nous l'avons souligné, la faculté de renonciation partielle au profit d'un créancier entraîne une inégalité entre les créanciers de l'entrepreneur individuel à l'égard de qui la déclaration est opposable.

434. De plus, ce texte précise que « lorsque le bénéficiaire de cette renonciation cède sa créance, le cessionnaire peut se prévaloir de celle-ci »⁸³⁵. A travers cette faculté de renonciation, la seule volonté de l'entrepreneur individuel suffit à instaurer un déséquilibre entre les droits des créanciers sur son patrimoine. Or, celle-ci ne devrait suffire à entraîner cette rupture d'égalité entre les créanciers. De même, les créanciers profiteront de cette situation pour demander à l'entrepreneur individuel de renoncer à leur profit à la déclaration d'insaisissabilité. Techniquement, ce dernier,

⁸³³ V. à ce propos, S. Piedelièvre, L'EIRL et les procédures collectives, LPA, 04 février 2011 n° 25, p. 7 et s.

⁸³⁴ Art. L. 526-3, al. 4, C. com.

⁸³⁵ Art. L. 526-3, al. 4, C. com.

étant dans une situation de faiblesse, ne saurait résister au diktat des créanciers lorsqu'il sollicite un concours. Le législateur doit remédier à cette situation pour garantir la pleine efficacité de ce mécanisme. Ainsi, devrait-il aligner le régime de la renonciation à la déclaration d'insaisissabilité à celui de la renonciation à l'affectation patrimoniale. En d'autres termes, la renonciation à la déclaration d'insaisissabilité doit être limitée à une renonciation totale afin de préserver l'égalité entre les créanciers de l'entrepreneur individuel.

435. C'est à cette seule solution, à notre avis que la garantie de la protection du patrimoine immobilier non professionnel de l'entrepreneur individuel à l'égard des créanciers auxquels la déclaration est opposable sera efficace. Mais, tant que cette faculté de renonciation est possible, les créanciers professionnels ne s'en priveront pas et la déclaration d'insaisissabilité perdrait en partie de son efficacité.

B. L'utilisation des mécanismes de droit commun pour une protection efficace de l'entrepreneur individuel

436. L'entrepreneur individuel peut recourir aux mécanismes de droit commun pour mettre à l'abri certains de ses biens. Par le recours aux régimes séparatistes, l'entrepreneur individuel peut protéger son patrimoine conjugal même si la protection n'est que relative (2). En outre, le renforcement du mécanisme de l'affectation fiduciaire en droit français et en droit de l'OHADA contribuerait à renforcer son efficacité (1).

1. Le renforcement du mécanisme de la fiducie

437. La fiducie est un mécanisme de protection efficace, mais son efficacité serait plus renforcée si elle ne pouvait pas être facilement remise en cause par certains créanciers en droit français (a) et si son domaine d'application était beaucoup plus étendue en droit de l'OHADA (b).

a. Le renforcement de l'efficacité de la fiducie en droit français

438. A l'instar de la déclaration d'affectation patrimoniale, le transfert fiduciaire de biens, droits ou sûretés ou d'un ensemble de biens, droits ou sûretés consacre un véritable patrimoine d'affectation. Le patrimoine fiduciaire émane du patrimoine du constituant, devient autonome et n'intègre ni le patrimoine du fiduciaire ni celui du bénéficiaire. L'autonomie du patrimoine fiduciaire en fait un véritable patrimoine d'affectation. Cependant, celui-ci est fragilité par certaines dérogations qui remettent en cause le cloisonnement que l'affectation fiduciaire instaure entre le patrimoine fiduciaire et les patrimoines de parties au contrat de fiducie, notamment en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard de l'une des parties.

439. En dehors de l'ouverture d'une procédure collective, le législateur français accorde aux créanciers fiduciaires, c'est-à-dire les créanciers dont les droits sont nés de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire, un droit de gage subsidiaire sur le patrimoine du constituant. L'insuffisance du patrimoine fiduciaire confère à ces des droits sur le patrimoine du constituant. Or, le patrimoine d'affectation suppose en principe, une étanchéité entre les patrimoines, le droit des créanciers fiduciaires sur le patrimoine du constituant remet en cause l'efficacité du dispositif fiduciaire car ni le patrimoine fiduciaire, ni celui du constituant n'est à l'abri des droits des créanciers. De plus les créanciers titulaires d'un droit de suite sur un bien affecté peuvent poursuivre la réalisation du bien malgré son affectation dans le patrimoine fiduciaire. Pour garantir l'efficacité du transfert fiduciaire n'était-il pas plus simple d'organiser l'affectation fiduciaire en permettant au créancier titulaire d'un droit sur un bien transféré la possibilité de s'opposer à cette affectation lorsqu'il estime qu'elle menace le recouvrement de sa créance. Le créancier opposant pourrait se voir octroyer d'autres garanties sur les biens contenus dans le patrimoine personnel, ou sa créance remboursée, à défaut d'inopposabilité de l'affectation. A notre sens, il est vrai que le droit de suite garanti les droits du créanciers, mais d'autre part aussi, il entraîne une certaine imprévisibilité sur la consistance et l'efficacité du patrimoine fiduciaire.

440. En outre, en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard de l'entrepreneur individuel constituant, le patrimoine fiduciaire n'en est pas moins épargné par les dispositions contraignantes du droit des procédures collectives, notamment lorsque le contrat de fiducie est assortie d'une convention de mise à disposition. Dans ce cas, le patrimoine fiduciaire est neutralisé par l'ouverture de la procédure collective et la convention de mise à disposition suit le régime des contrats en cours. Le patrimoine fiduciaire devient dépendant du patrimoine du constituant dans la mesure où les éléments qui le constituent sont appréhendés par la procédure collective du constituant sans que le bénéficiaire de la fiducie ne puisse s'y opposer. Or, l'objet du contrat de fiducie était d'isoler une partie des biens contenus dans le patrimoine fiduciaire au profit du bénéficiaire, quelle qu'en soit la finalité.

Toutefois, la soumission de la convention de mise à disposition au régime des contrats en cours est tout à fait normale car elle manifeste l'utilité des biens objet de ladite convention à la poursuite de l'activité professionnelle du constituant. Mais, ne pouvait-on pas admettre que dans l'hypothèse où le contrat de fiducie consacre un véritable patrimoine d'affectation, les droits du bénéficiaire de la fiducie, puissent prévaloir sur la convention de mise à disposition, voire sur le régime des contrats en cours ? Ainsi, le patrimoine fiduciaire serait totalement indépendant du patrimoine du constituant, notamment en cas d'ouverture d'une procédure collective. La survenance de l'ouverture d'une procédure collective suffirait à anéantir toute convention liant les deux patrimoines afin de préserver les droits du bénéficiaire. Certes, cette hypothèse semble radicale mais ne devrait-on pas aller jusqu'au bout et considérer le patrimoine fiduciaire comme un véritable patrimoine d'affectation ?

La même question question peut également être soulevée pour le transfert fiduciaire de sommes d'argent en droit de l'OHADA.

b. L'extension du champ d'application de la fiducie en droit de l'OHADA

441. Le transfert fiduciaire de sommes d'argent est une spécificité du droit de l'OHADA. Le droit français ne connaît pas ce type de sûreté sur la propriété qui porte exclusivement sur des sommes d'argent. Comme nous l'avons souligné, le transfert fiduciaire de sommes d'argent se distingue du gage d'espèces sur plusieurs points. Les articles 87 et 88 de l'AUS précisent que le transfert fiduciaire porte sur des sommes d'argent. Toutefois, elle suit, à quelques exceptions, le même régime que la fiducie en droit français. Les sommes transférées dans un compte bloqué sortent du patrimoine du constituant qui ne peut plus exercer aucun droit sur ces biens. Les créanciers du constituant ne peuvent non plus les saisir. Le compte dans lequel sont bloqués ces fonds est ouvert au nom du bénéficiaire du transfert fiduciaire. Ainsi, contrairement à la fiducie de droit français, les sommes transférées n'intègrent pas un patrimoine d'affectation autonome mais un compte qui est la propriété du bénéficiaire de l'opération.

442. En second lieu, le transfert fiduciaire en droit français, contrairement au droit de l'OHADA, englobe un ensemble de biens, droits ou sûretés. Or, le transfert fiduciaire dans l'espace OHADA se limite uniquement à des sommes d'argent. Il est vrai que ce mécanisme vise uniquement un transfert de propriété à titre de garantie, toutefois, le législateur pouvait étendre le champ d'application de la fiducie afin de lui permettre d'affecter d'autres biens ou droits que des sommes d'argent. Le transfert fiduciaire peut avoir pour objet des biens autres que des sommes d'argent, des droits ou des sûretés à l'instar du transfert fiduciaire en droit français. Cantonner ce mécanisme au seul transfert de fonds reviendrait à limiter la capacité entrepreneuriale des parties qui peuvent et doivent aménager convenable leurs rapports en tenant compte des éléments de leur patrimoine. Imaginons qu'un entrepreneur individuel souhaitant transférer un bien meuble ou immeuble de son patrimoine à titre de garantie par les canaux de l'affectation fiduciaire, ce dernier ne pourra avoir recours à cette technique, sauf à vendre ledit bien afin d'avoir les sommes d'argent dont il a besoin pour le transfert fiduciaire.

Ainsi, il serait souhaitable, voire indispensable que le champ d'application du transfert fiduciaire en droit de l'OHADA soit élargi afin que le constituant puisse affecter n'importe lequel des éléments de son actif patrimonial à titre de garantie. De plus, la consécration du patrimoine fiduciaire en droit de l'OHADA ne saurait constituer qu'une bonne avancée aussi bien pour les sociétés que pour les personnes physiques exerçant leurs activités professionnelles sous le statut de l'entreprise individuelle. En effet, elle leur permettra de mettre une partie de leur patrimoine personnel dans un patrimoine fiduciaire au profit d'un bénéficiaire qui peut être un tiers ou le constituant lui-même. Ainsi, l'introduction de la fiducie-sûreté ou de la fiducie-gestion en droit de

l'OHADA ne fera que renforcer, d'une part la protection du constituant qui peut être un entrepreneur individuel et celui des créanciers d'autre part qui verront dans la fiducie-sûreté une garantie efficace même en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard de leur débiteur.

2. La prise en compte de l'efficacité de la protection du patrimoine conjugal par le jeu des régimes matrimoniaux

443. Le régime matrimonial a, comme nous l'avons constaté, d'importantes incidences sur l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel. Le régime matrimonial auquel est soumis l'entrepreneur individuel détermine l'étendue des droits des créanciers sur le patrimoine conjugal du couple. Les régimes séparatistes offrent à l'entrepreneur individuel plus de garanties dans la protection du patrimoine conjugal. Dans la pratique, les entrepreneurs individuels qui débutent une activité professionnelle adoptent le régime de la séparation des biens afin de mettre le patrimoine personnel de leur conjoint à l'abri des risques de leur activité professionnelle.

De même, le recours aux régimes séparatistes au cours d'exploitation d'une activité professionnelle par l'entrepreneur individuel est en pratique conseillé. L'entrepreneur individuel qui exploite son activité professionnelle sous un régime de la communauté doit, dans le souci de protéger son patrimoine conjugal, procéder au changement de régime afin d'adopter un régime séparatiste, beaucoup plus protecteur. A défaut, et dans le souci de lutter contre la mauvaise gestion de l'entrepreneur individuel, le conjoint peut demander une séparation des biens judiciaire

444. Dans les pays constituant l'espace OHADA, le régime de la séparation des biens est le régime de droit commun. A défaut de choix, c'est le régime qui s'applique à l'entrepreneur individuel. De même, dans certains pays de la zone, le régime de la séparation des biens s'applique de plein droit. Cette mesure est justifiée par le souci de protéger chacun des conjoints afin de leur assurer une autonomie dans la gestion de leurs biens personnels et d'éviter des risques de confusion de patrimoines.

§ 2. LA POSSIBILITE D'INSTRUMENTALISATION DES PROCEDURES DE TRAITEMENT DES DIFFICULTES

445. La relativité de l'efficacité des mécanismes de protection de l'entrepreneur individuel en cas d'ouverture d'une procédure collective nous conduit à nous interroger sur les alternatives à ces mécanismes. L'entrepreneur individuel peut recourir aux mécanismes de prévention des difficultés afin d'éviter la cessation des paiements qui aura compte tenu de sa responsabilité illimitée, des conséquences néfastes sur ses biens personnels ou même lorsqu'il est déjà en cessation des paiements (A). Dans ce cas, la loi lui permet également d'instrumentaliser les procédures collectives afin de surmonter les difficultés dont il fait face ou de bénéficier d'une procédure rapide de traitement de ses difficultés (B).

A. L'utilisation des procédures de prévention comme alternative aux mécanismes de protection

446. L'histoire du droit des entreprises en difficulté s'est en effet manifesté par une grande évolution passant d'une conception punitive du débiteur, au travers de ce qu'on appelait initialement la « faillite », à des dispositifs plus dynamiques, visant le redressement économique des entreprises. Dans le passé, l'entrepreneur individuel, ainsi que les personnes morales, « en situation d'échec économique, étaient, le plus souvent, présumés fautifs et, à ce titre, tenus pleinement responsables du sort de l'entreprise »⁸³⁶. De nos jours, cette conception a disparu et a « laissé la place à une approche objective du risque, plus soucieuse de le traiter efficacement que de réprimer ses responsables présumés ». Ainsi, le droit des entreprises en difficulté tout en renforçant les dispositifs de protection des entrepreneurs déclarés en cessation des paiements par des mesures d'accompagnement et de protection a mis en place des mécanismes permettant de prévenir « plus en amont de la cessation des paiements »⁸³⁷

Ainsi, l'entrepreneur individuel peut recourir aux mesures de prévention en cas de difficultés dans l'exploitation de son activité professionnelle. Le droit français tout comme le droit de l'OHADA organise les mesures de prévention afin de permettre au débiteur qui est dans une situation difficile sans être en état de cessation des paiements de sauver son activité professionnelle. A cet effet, le droit français prévoit la possibilité pour l'entrepreneur individuel de recourir au mandat *ad hoc* ou à la procédure de conciliation⁸³⁸.

447. L'article L. 611-3 du code de commerce dispose que « le président du tribunal peut, à la demande d'un débiteur, désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission »⁸³⁹. La désignation du mandataire est à l'initiative de l'entrepreneur individuel⁸⁴⁰. Toutefois, le mandat ad hoc étant purement contractuel, le mandataire ne peut imposer aux créanciers de l'entrepreneur individuel aucune obligation. Son rôle se limite à aider l'entrepreneur individuel à trouver des accords avec ses créanciers afin d'obtenir des rééchelonnements de dettes. Mais, le mandataire peut être amené à résoudre toutes autres difficultés rencontrées par l'entrepreneur individuel. En somme,

⁸³⁶ V. à cet effet, F. Marcorig-Venier et C. Saint-Alary Houin, La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises : entre transparence et confidentialité, efficacité et fragilité !, BJE, janv. 2014, p. 10.

⁸³⁷ Ibid.

⁸³⁸ Ibid.

⁸³⁹ Selon l'art. L. 611-3, al. 2, C. com., « le tribunal compétent est le tribunal de commerce si le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale et le tribunal de grande instance dans les autres cas ».

⁸⁴⁰ L'entrepreneur individuel « peut proposer le nom d'un mandataire ad hoc. La décision nommant le mandataire ad hoc est communiquée pour information aux commissaires aux comptes lorsqu'il en a été désigné », art. L. 611-3, al. 1, C. com.

le mandat *ad hoc* permet d'éviter la cessation des paiements même si certains auteurs pensent qu'il est incompatible à celle-ci⁸⁴¹.

448. L'entrepreneur individuel peut également recourir à la procédure de conciliation alors même qu'il est en cessation des paiements. Toutefois, il ne doit pas l'être pendant plus de 45 jours. L'article L. 611-4 du code de commerce dispose qu'« il est institué, devant le tribunal de commerce, une procédure de conciliation dont peuvent bénéficier les débiteurs exerçant une activité commerciale ou artisanale qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours »⁸⁴². Depuis, la loi de sauvegarde des entreprises, cette procédure est étendue à toutes les personnes qui exercent une activité professionnelles qu'ils soient des professionnels indépendants ou libéraux⁸⁴³. Toutefois, pour bénéficier de la procédure de conciliation, l'entrepreneur individuel doit saisir le président du tribunal compétent aux fins d'ouverture d'une procédure de conciliation⁸⁴⁴. Celui-ci désigne un conciliateur⁸⁴⁵ dont la mission est de trouver un accord entre l'entrepreneur individuel et ses créanciers afin de redresser la situation économique de l'entreprise⁸⁴⁶. Contrairement au mandat *ad hoc*, la procédure de conciliation est encadrée dans des conditions strictes⁸⁴⁷.

Au cours de la procédure, le débiteur mis en demeure ou poursuivi par un créancier peut demander au juge qui a ouvert celle-ci de faire application des articles 1244-1 à 1244-3 du code civil. Le juge statue après avoir recueilli les observations du conciliateur. Il peut subordonner la durée des mesures ainsi prises à la conclusion de l'accord prévu au présent article. En cas d'accord entre les

841 V. P.-M. Le Corre, *Droit des entreprises en difficulté*, D. 2014, p. 6.

842 L'entrepreneur individuel qui exerce une activité agricole est soumis à la procédure de règlement amiable agricole. En effet, l'art. L. 611-5, al. 2, C. com. dispose que « la procédure de conciliation n'est pas applicable aux agriculteurs qui bénéficient de la procédure prévue aux articles L. 351-1 à L. 351-7 du code rural et de la pêche maritime ».

843 V. art. L. 611-5, C. com. L'EIRL peut également y avoir recours au titre de son patrimoine professionnel.

844 Le tribunal compétent est celui du lieu où l'entrepreneur individuel a déclaré l'adresse de son entreprise ou de son activité. L'entrepreneur individuel exerçant une activité commerciale ou artisanale relève du tribunal de commerce, les autres professions dépendent du tribunal de grande instance, v. art. L. 611-5, C. com.

845 Toutefois, la désignation du conciliateur est soumise à certaines règles. En effet, certaines personnes, en raison des liens qu'ils pourraient entretenir avec le débiteur, ne peuvent pas être désignées conciliateur.

846 En effet, « le conciliateur a pour mission de favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise. Il peut également présenter toute proposition se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi. Il peut être chargé, à la demande du débiteur et après avis des créanciers participants, d'une mission ayant pour objet l'organisation d'une cession partielle ou totale de l'entreprise qui pourrait être mise en œuvre, le cas échéant, dans le cadre d'une procédure ultérieure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire », art. L. 611-7, al. 1, C. com.

847 V. art. L. 611-6, C. com.

parties, le président du tribunal compétent le constate et « donne force exécutoire à celui-ci »⁸⁴⁸. Toutefois, pour donner plus de force à leur accord, l'entrepreneur individuel peut demander au tribunal compétent d'homologuer l'accord conclu avec les créanciers sous certaines conditions. Pour que l'accord soit homologué par le tribunal, le débiteur ne doit pas être en cessation des paiements ou s'il l'était l'accord conclu y met fin, les termes de l'accord doivent être de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise et en dernier les intérêts des créanciers non signataires ne doit pas être remis en cause par l'accord conclu⁸⁴⁹.

449. Les procédures de prévention étaient instituées dans le but d'éviter la cessation des paiements. Ainsi, « l'esprit de la loi de 2005 est d'anticiper au plus tôt les difficultés de l'entreprise et de donner à l'entrepreneur la possibilité de saisir les juridictions pour que soit élaborée une solution avec les différents créanciers, invités à la table des négociations, et de ce fait plus réceptifs à consentir les efforts nécessaires dans un esprit de confiance réciproque »⁸⁵⁰.

Pendant longtemps, la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation marquée par l'évolution législative à chercher à inciter les débiteurs à recourir à une procédure de traitement des difficultés, notamment la procédure de conciliation ou de sauvegarde et en essayant « de conforter les partenaires de l'entreprise afin qu'ils continuent à y investir, même en cas de difficultés économiques »⁸⁵¹.

450. Le droit de l'OHADA, à l'instar du droit français, a également aménagé au profit de l'entrepreneur individuel une procédure de prévention. Ainsi, confronté à des difficultés financières, l'entrepreneur individuel a la possibilité de demander une procédure de règlement préventif permettant la suspension des poursuites individuelles afin d'éviter la cessation des paiements. Le recours à la procédure de règlement préventif permet la suspension des poursuites individuelles des créanciers contrairement à la procédure de conciliation en droit français qui n'entraîne pas de suspension. Mais, depuis l'ordonnance de 2014, le débiteur en procédure de conciliation peut demander au juge de suspendre la poursuite des créanciers.

848 En effet, l'art. L. 611-8, I, C. com. dispose que « le président du tribunal, sur la requête conjointe des parties, constate leur accord et donne à celui-ci force exécutoire. Il statue au vu d'une déclaration certifiée du débiteur attestant qu'il ne se trouvait pas en cessation des paiements lors de la conclusion de l'accord, ou que ce dernier y met fin. La décision constatant l'accord n'est pas soumise à publication et n'est pas susceptible de recours. Elle met fin à la procédure de conciliation ».

849 Art. L. 611-8, II, C. com.

850 V. P. Rubellin, Ne pas demander une procédure volontaire est-il constitutif d'une faute de gestion ?, BJE, 1 mars 2013, n°2, p. 74.

851 C. cass., rapp. annuel, 2011.

En droit français tout comme en droit de l'OHADA, l'entrepreneur individuel qui fait face à des difficultés financières, sans être en cessation des paiements, peut demander à la juridiction compétente l'ouverture d'une procédure de conciliation⁸⁵², de sauvegarde⁸⁵³ ou de règlement préventif lui permettant d'obtenir la suspension des poursuites individuelles, selon le système auquel il est soumis. Aux termes de l'article 2 alinéa 1 de l'AUPC le règlement préventif est « destiné à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif ». Il est applicable à toute personne physique ou morale commerçante qui connaît une situation économique et financière difficile mais non irrémédiablement compromise⁸⁵⁴. Pour bénéficier de la procédure de règlement préventif, l'Acte uniforme pose deux conditions, d'abord l'entrepreneur individuel ne doit pas être en cessation des paiements et ensuite il doit présenter dans les délais une offre de concordat. Ce dernier doit exposer sa situation économique et financière et présenter les perspectives de redressement de l'entreprise et d'apurement du passif⁸⁵⁵.

En droit français comme dans la procédure de règlement préventif du droit OHADA, la procédure de conciliation permet au conciliateur « de favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise »⁸⁵⁶.

Ainsi, « dès le dépôt de la proposition de concordat, le président de juridiction compétente rend une décision de suspension des poursuites individuelles et désigne un expert pour lui faire rapport sur la situation économique et financière de l'entreprise, les perspectives de redressement compte tenu des délais et remises consentis ou susceptibles de l'être par les créanciers et toutes les autres mesures contenues dans les propositions du concordat »⁸⁵⁷. La décision de suspension des poursuites individuelles concerne aussi bien les voies d'exécution que les mesures conservatoires. Elle s'applique à tous les créanciers chirographaires et ceux munis de privilèges ou de sûretés réelles

852 L'art. L.611-4 du code de commerce dispose en effet qu'« il est institué, devant le tribunal de commerce, une procédure de conciliation dont peuvent bénéficier les débiteurs exerçant une activité commerciale ou artisanale qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours ».

853 Aux termes de l'art. L. 620-1 al. 1 C. com., « il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L. 620-2 qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif ».

854 Art. 2 al. 2, AUPC.

855 V. art. 5, AUPC. V. aussi art. L. 611-6 C. com.

856 Art. L. 611-7 C. com.

857 V. art. 8 al. 1, AUPC.

spéciales. Toutefois, elle « ne s'applique pas aux actions des créanciers tendant à la reconnaissance des droits ou des créances contestées ni aux actions cambiales dirigées contre les signataires d'effets de commerce autres que l'entrepreneur individuel, bénéficiaire de la suspension des poursuites individuelles »⁸⁵⁸.

Cette solution est issue du droit français qui a, pendant longtemps, aménagé des mécanismes permettant à l'entrepreneur individuel d'éviter la cessation des paiements en ayant recours à ces mécanismes. En effet, comme en droit OHADA à travers la procédure de règlement préventif, l'entrepreneur individuel en difficulté peut recourir, en droit français, à la procédure de conciliation afin de se protéger des créanciers qui réclament le paiement de leurs créances. Ces procédures concernent l'entrepreneur individuel qui connaît des difficultés mais dont la situation n'est pas irrémédiablement compromise. Leurs effets sont identiques même si elles sont différentes. Elles visent à offrir à l'entrepreneur individuel la possibilité d'éviter la cessation des paiements.

451. Ainsi, se pose la question de l'obligation pour le débiteur de façon général, et l'entrepreneur individuel plus particulièrement, de recourir à ces mesures de prévention quand il fait face à des difficultés. L'absence de recours à celles-ci afin d'éviter la cessation des paiements peut-il être constitutif de faute de gestion dans les deux systèmes juridiques ? Certains auteurs en droit français se demandent aujourd'hui si le fait de ne pas utiliser les procédures à caractère facultatif ne constituerait pas une faute pouvant engager la responsabilité de l'entrepreneur individuel⁸⁵⁹.

En droit OHADA la réponse semble être négative tandis que la tendance actuelle en droit français semble s'orienter vers un engagement de la responsabilité de l'entrepreneur individuel pour faute de gestion si ce dernier ne recourt pas aux mécanismes de sauvegarde ou de conciliation lorsqu'il était confronté à des difficultés financières l'ayant conduit à la cessation des paiements. S'il est présomptueux d'avancer que le fait de ne pas solliciter une mesure de sauvegarde ou de conciliation constitue une faute de gestion, en revanche le fait de ne pas déclarer l'état de cessation des paiements à temps constitue une faute de gestion.

Le droit français et le droit OHADA aménagent de sanctions à l'égard de l'entrepreneur individuel qui poursuit une activité déficitaire sans déclarer son état de cessation des paiements dans les délais requis. L'article 25 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives et d'apurement du passif fait obligation à l'entrepreneur individuel de déclarer la cessation des paiements dans un délai de trente jours⁸⁶⁰. La violation de cette obligation par l'entrepreneur

⁸⁵⁸ V. art. 9, AUPC.

⁸⁵⁹ V. P. Rubellin, Ne pas demander une procédure volontaire est-il constitutif de faute de gestion ? op. cit. p. 74 et s.

⁸⁶⁰ Ce délai est de trente jours en droit OHADA contrairement au droit français qui consacre un délai de quarante-cinq jours.

individuel engage sa responsabilité. Par contre, le règlement préventif reste une procédure facultative ou du moins une faveur accordée à l'entrepreneur individuel pour éviter les désagréments de la cessation des paiements⁸⁶¹. Or, le défaut de recours à une procédure facultative ne constitue pas en soi une faute. D'autant plus que l'entrepreneur individuel peut directement solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde.

Toutefois, le recours à la procédure de conciliation ou au mandat *ad hoc* en droit français comme aussi le recours au règlement préventif en droit de l'OHADA, n'étant que des mesures facultatives dont il appartient à l'entrepreneur individuel de solliciter pour anticiper les difficultés de son entreprise et d'avoir « la possibilité de saisir les juridictions pour que soit élaborée une solution avec les différents créanciers »⁸⁶², leur application serait souhaitable, voire nécessaire. L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Douai dans lequel les juges reprochaient au débiteur de ne pas avoir sollicité une procédure de conciliation ou de sauvegarde afin d'éviter la cessation des paiements témoigne leur attachement à ces mécanismes qui ont montré toute leur efficacité.

B. Le recours aux procédures de traitement des difficultés comme alternative aux mécanismes de protection

452. Les mécanismes de protection de l'entrepreneur individuel que nous avons vu sont loin d'être efficaces, notamment lorsque celui-ci est en difficultés. Si l'ouverture d'une procédure collective ne vient pas remettre en cause leur validité sur le fondement des nullités de la période suspecte, les lacunes qu'il décèlent les rend insuffisants. Mais, l'entrepreneur individuel peut recourir à d'autres moyens afin d'éviter la cessation des paiements et l'ouverture d'une procédure collective impérative. Ainsi, il peut avoir recours à une procédure collective alors même qu'il n'est pas en cessation des paiements (1) ou lorsqu'il l'est demander à bénéficier d'une procédure de rétablissement professionnel (2).

1. Le recours à la procédure de sauvegarde

453. Le droit français offre au débiteur qui fait face à des difficultés sans être en cessation des paiements la possibilité de demander une procédure de sauvegarde. L'originalité de la procédure de sauvegarde est qu'elle permet au débiteur qui se trouve confronté à des situations difficiles de demander l'ouverture d'une procédure collective sans être en cessation des paiements. Lorsque les mesures de prévention sont insuffisants à résoudre les difficultés auxquelles fait face le débiteur, ce

⁸⁶¹ D'ailleurs, l'art. 5 al. 1 de l'AUPC dispose qu' « aucune requête de règlement préventif ne peut être présentée par le débiteur avant l'expiration d'un délai de cinq ans suivant une précédente requête ayant abouti à une décision de règlement préventif ».

⁸⁶² V. P. Rubellin, op. cit., p. 74 et s.

dernier peut solliciter l'ouverture d'une procédure de traitement judiciaire des difficultés alors même qu'il n'est pas en état de cessation des paiements. Selon l'article L. 620-1 du code de commerce, « il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L. 620-2 qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter.

Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif ». Le législateur précise que cette procédure vise à sauver l'activité du débiteur qui fait face à des difficultés sans être en cessation des paiements⁸⁶³. Tout entrepreneur individuel, y compris l'EIRL⁸⁶⁴ qui rencontre des difficultés économiques, financières ou juridiques peut recourir à la procédure de sauvegarde afin de sauver son entreprise⁸⁶⁵. Toutefois, l'entrepreneur individuel doit justifier de son impossibilité de surmonter tout seul les difficultés auxquelles il fait face. Il n'est pas nécessaire de démontrer que ces difficultés sont susceptibles de le conduire en cessation des paiements⁸⁶⁶. Seul l'entrepreneur individuel peut saisir la juridiction compétente aux fins d'ouverture d'une procédure de sauvegarde⁸⁶⁷. La procédure de sauvegarde étant volontariste, seul le débiteur peut solliciter son ouverture.

⁸⁶³ L'art. L. 621-12, C. com. précise que « s'il apparaît, après l'ouverture de la procédure, que le débiteur était déjà en cessation des paiements au moment du prononcé du jugement, le tribunal le constate et fixe la date de la cessation des paiements dans les conditions prévues à l'article L. 631-8. Il convertit la procédure de sauvegarde en une procédure de redressement judiciaire. Si nécessaire, il peut modifier la durée de la période d'observation restant à courir. Aux fins de réaliser la prise en compte des actifs du débiteur au vu de l'inventaire établi pendant la procédure de sauvegarde, il désigne, en considération de leurs attributions respectives telles qu'elles résultent des dispositions qui leur sont applicables, un commissaire-priseur judiciaire, un huissier de justice, un notaire ou un courtier en marchandises assermenté. Le tribunal est saisi par le débiteur, l'administrateur, le mandataire judiciaire ou le ministère public. Il peut également se saisir d'office. Il se prononce après avoir entendu ou dûment appelé le débiteur ».

⁸⁶⁴ L'article L. 620-2, al. 1, C. com. précise à cet effet que « la procédure de sauvegarde est applicable à toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale, à tout agriculteur, à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé ».

⁸⁶⁵ Toutefois, « à moins qu'il ne s'agisse de patrimoines distincts de l'EIRL, il ne peut être ouvert de nouvelle procédure de sauvegarde à l'égard d'un débiteur déjà soumis à une telle procédure, ou à une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, tant qu'il n'a pas été mis fin aux opérations du plan qui en résulte ou que la procédure de liquidation n'a pas été clôturée », art. L. 620-2, al. 2, C. com.

⁸⁶⁶ Avant l'ord. 2008, le débiteur devait démontrer non seulement qu'il était face à des difficultés qu'il ne peut surmonter mais aussi que ces difficultés sont susceptibles de le mener à la cessation des paiements. Cette dernière exigence a été supprimée par l'ord. 2008.

⁸⁶⁷ Les règles de compétence sont les mêmes que pour la procédure de conciliation. L'art. L. 662-2, C. com. précise que « lorsque les intérêts en présence le justifient, la cour d'appel peut décider de renvoyer l'affaire devant une autre juridiction, compétente dans le ressort de la cour, pour connaître du mandat ad hoc, de la procédure de conciliation ou des procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, dans des conditions fixées par décret. La Cour de cassation, saisie dans les mêmes conditions, peut renvoyer l'affaire devant une juridiction du ressort d'une autre cour d'appel. La décision de renvoi par laquelle une juridiction a été désignée pour connaître d'un mandat ad hoc ou d'une procédure de conciliation auquel le débiteur a recouru emporte prorogation de compétence au profit de la

.../...

454. En conséquence, l'ouverture de cette procédure entraîne des conséquences sur les droits des créanciers. Elle emporte interdiction des poursuites individuelles des créanciers de l'entrepreneur individuel⁸⁶⁸ et interdiction de paiements de toutes dettes antérieures au dit jugement⁸⁶⁹. Les créanciers sont tenus de déclarer leurs créances à la procédure et de se soumettre à la discipline de la procédure collective. Dès lors, la procédure de sauvegarde neutralise leurs droits⁸⁷⁰ dans l'objectif de favoriser la poursuite de l'activité de l'entrepreneur individuel, le maintien de l'emploi s'il y en a et l'apurement du passif.

Pendant, la phase d'observation, l'entrepreneur individuel reste à la tête de son entreprise. Toutefois, son pouvoir est diminué, notamment en cas de désignation d'un administrateur⁸⁷¹. L'administrateur peut se voir confier la mission de surveiller l'entrepreneur individuel ou de l'assister dans la gestion de son entreprise. Dans le premier cas, son rôle se limite à effectuer des contrôles *a posteriori* tandis que dans sa mission d'assistance, il dispose d'un pouvoir dans la gestion de l'entreprise individuelle dans la mesure où les grandes décisions sont prises selon le système de la cogestion. Les actes effectués par l'entrepreneur individuel en violation de cette règle seront sanctionnés par leur inopposabilité à la procédure collective. Cependant, certains actes, de par leur gravité, sont soumis à l'autorisation du juge-commissaire. Aussi bien l'entrepreneur individuel ou l'administrateur ne peut les accomplir seul⁸⁷². La faculté de compromettre ou de transiger est soumise à l'autorisation préalable du juge-commissaire, tout comme les actes de dispositions, la constitution de sûretés ou le paiement d'une créance antérieure. L'article L. 622-7 du code de

même juridiction pour connaître d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire qui pourrait directement s'en suivre ».

868 L'art. L. 622-21, C. com. dispose que « le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17 et tendant : 1° A la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ; 2° A la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent ».

869 Le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde est opposable à tous dès le jour de son prononcé à partir de 00h. Ainsi, tous les actes accomplis le jour de son intervention sont réputés être fait après ledit jugement.

870 Au-delà de l'interdiction des poursuites individuelles, les II et III de l'art. L. 622-21, C. com. disposent que l'ouverture de la procédure de sauvegarde « arrête ou interdit également toute procédure d'exécution de la part de ces créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles ainsi que toute procédure de distribution n'ayant pas produit un effet attributif avant le jugement d'ouverture. Les délais impartis à peine de déchéance ou de résolution des droits sont en conséquence interrompus ».

871 L'art. L. 621-4, al. 4, C. com. dispose à cet effet que « le tribunal n'est pas tenu de désigner un administrateur judiciaire lorsque la procédure est ouverte au bénéfice d'un débiteur dont le nombre de salariés et le chiffre d'affaires hors taxes sont inférieurs à des seuils fixés par décret en Conseil d'Etat. Dans ce cas, les dispositions du chapitre VII du présent titre sont applicables. Jusqu'au jugement arrêtant le plan, le tribunal peut, à la demande du débiteur, du mandataire judiciaire ou du ministère public, décider de nommer un administrateur judiciaire ».

872 Selon l'art. L. 622-3, C. com., « le débiteur continue à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration, ainsi que les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur. En outre, sous réserve des dispositions des articles L. 622-7 et L. 622-13, les actes de gestion courante qu'accomplit seul le débiteur sont réputés valables à l'égard des tiers de bonne foi ».

commerce précise que « le juge-commissaire peut autoriser le débiteur à faire un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise, à consentir une hypothèque, un gage ou un nantissement ou à compromettre ou transiger. Néanmoins, si cet acte est susceptible d'avoir une incidence déterminante sur l'issue de la procédure, le juge-commissaire ne peut statuer qu'après avoir recueilli l'avis du ministère public »⁸⁷³. Le défaut d'une autorisation préalable du juge-commissaire pour l'accomplissement de ces actes entraîne la nullité absolue⁸⁷⁴, sans préjudice des sanctions pénales pouvant être prononcé contre l'auteur de l'acte⁸⁷⁵.

Toutefois, l'autorisation du juge-commissaire n'est pas requise sur la question de la continuation des contrats en cours. L'administrateur ou en l'absence d'administrateur, l'entrepreneur individuel avec l'accord du mandataire judiciaire dispose de la faculté de poursuivre ou non les contrats en cours⁸⁷⁶. La décision de continuation d'un contrat en cours entraîne l'obligation pour l'entrepreneur individuel d'honorer ses engagements conformément aux stipulations contractuelles. L'inexécution entraîne la résiliation de plein droit du contrat⁸⁷⁷, sauf si le cocontractant accepte de consentir des délais de paiement. Selon l'article L. 622-3, III du code de commerce, le contrat en cours est résilié de plein droit « À défaut de paiement dans les conditions définies au II et d'accord du cocontractant pour poursuivre les relations contractuelles »⁸⁷⁸. La résiliation de plein droit à défaut de paiement est justifiée par le fait que l'administrateur ou le débiteur doit s'assurer de disposer de fonds nécessaires lorsqu'il demande la poursuite du contrat en cours⁸⁷⁹. La résiliation de plein droit intervient également dans le délai d'un mois après une mise en demeure du cocontractant restée infructueuse⁸⁸⁰. Mais, l'administrateur ou l'entrepreneur individuel peut opter pour la non-continuation du contrat. Dans ce cas, la résiliation du contrat est immédiate dès la réception de l'option lorsqu'une mise en demeure a été faite par le cocontractant. En revanche, si l'option de non-

⁸⁷³ V. art. L. 622-7, II, C. com.

⁸⁷⁴ V. art. L. 622-7, III, C. com.

⁸⁷⁵ V. à ce propos, l'art. L. 654-8, C. com.

⁸⁷⁶ Mais, en cas de désaccord entre l'entrepreneur individuel et le mandataire judiciaire, le juge-commissaire peut autoriser la poursuite du contrat en cours.

⁸⁷⁷ V. art. L. 622-13, III, 1^o, C. com.

⁸⁷⁸ Dans ce cas, précise le même art. que « le ministère public, l'administrateur, le mandataire judiciaire ou un contrôleur peut saisir le tribunal aux fins de mettre fin à la période d'observation ».

⁸⁷⁹ En effet, l'art. L. 622-13, II, al. 2, C. com. précise que « au vu des documents prévisionnels dont il dispose, l'administrateur s'assure, au moment où il demande l'exécution du contrat, qu'il disposera des fonds nécessaires pour assurer le paiement en résultant. S'il s'agit d'un contrat à exécution ou paiement échelonnés dans le temps, l'administrateur y met fin s'il lui apparaît qu'il ne disposera pas des fonds nécessaires pour remplir les obligations du terme suivant ».

⁸⁸⁰ Art. L. 622-13, III, 1^o, C. com. Toutefois, l'administrateur ou l'entrepreneur individuel peut demander au juge-commissaire, au cours du délai d'un mois, un délai supplémentaire pour lever l'option. Le délai accordé par le juge-commissaire pour le différé d'option ne peut excéder deux mois.

continuation est intervenue sans mise en demeure, la résiliation du contrat ne peut se faire que selon les règles du droit commun. Dès lors, le cocontractant peut saisir le juge compétent qui est le juge de droit commun et non le juge-commissaire. En revanche, ce dernier peut être saisi par l'administrateur pour demander la résiliation du contrat lorsqu'elle est nécessaire à la poursuite de l'activité de l'entrepreneur individuel et qu'elle ne porte pas atteinte aux droits du cocontractant.

En revanche, les cocontractants de l'entrepreneur individuel ne peuvent demander la résiliation du contrat du seul fait de l'ouverture de la procédure de sauvegarde. L'article L. 622-13, I du code de commerce rappelle que « nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ». L'entrepreneur individuel est protégé contre les initiatives personnelles de ses cocontractants visant à anéantir les relations contractuelles les liant, notamment en cas de défaut de paiement. Lorsque l'entrepreneur individuel est locataire des locaux dans lesquels il exerce son activité professionnelle, le bailleur ne peut demander la résiliation du contrat de bail après l'ouverture de la procédure de sauvegarde pour défaut de paiement⁸⁸¹. Cependant, l'administrateur ou le cas échéant, l'entrepreneur individuel peut décider de la non-continuation du bail à usage professionnel, ce qui entraînera la résiliation immédiate du contrat de bail. Le recours au juge-commissaire n'est pas nécessaire dans ce cas, contrairement au droit commun des contrats en cours. De plus, lorsque le bail est poursuivi par l'administrateur ou l'entrepreneur individuel, le défaut de paiement des loyers n'entraîne pas la résiliation de plein droit du contrat. Le bailleur est contraint d'attendre une période de trois mois après le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde avant de demander la résiliation du contrat⁸⁸².

455. Ces mesures contraignantes à l'égard des créanciers de l'entrepreneur individuel soumis à une procédure de sauvegarde ne visent en réalité que le sauvetage de l'entreprise qui doit passer par l'élaboration d'un projet de plan⁸⁸³. Les créanciers antérieurs au jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde sont consultés sur les délais et remises qu'ils pourraient consentir à l'entrepreneur individuel lorsqu'il existe des chances d'aboutir à un plan de sauvegarde⁸⁸⁴. Les

⁸⁸¹ Cependant, toutes les autres causes de résiliation du bail à usage professionnel peuvent conduire à la résiliation du bail.

⁸⁸² Dans ce cas, le bailleur pourra saisir le juge-commissaire aux fins de constatation de la résiliation de plein droit ou saisir le TGI statuant en référé

⁸⁸³ Le projet de plan est élaboré par l'entrepreneur individuel assisté de l'administrateur. Celui-ci doit établir une étude sur la situation de l'entreprise dans l'avenir. Le projet de plan doit comporter un volet économique, un volet financier et un volet social.

⁸⁸⁴ Sauf pour les créanciers publics pour qui l'art. L. 626-13, C. com. précise que « en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, l'administrateur judiciaire ou le mandataire judiciaire saisit, y compris par voie dématérialisée, la commission mentionnée à l'article R. 626-14 de la demande de remises de dettes. Cette saisine a lieu, sous peine de forclusion, dans un délai de deux mois à compter de la date d'ouverture de la procédure ». L'art. L.

.../...

créanciers disposent d'un délai de trente jours pour se prononcer sur la demande du mandataire judiciaire. À défaut de réponse dans ce délai, ils sont présumés avoir consenti aux délais et remises contenus dans le plan proposé. En cas de refus, le tribunal peut leur imposer des délais⁸⁸⁵ mais non de remises. Toutefois, en cas d'acceptation, le tribunal ne pourra allonger les délais qu'ils ont consentis⁸⁸⁶.

Le plan adopté devient ainsi opposable à tous. Le débiteur devient *in bonis* et le premier paiement du passif, sous forme de dividendes, ne pourra intervenir avant le délai d'un an et selon une annuité ne devant pas dépasser 5% du passif à partir de la deuxième année⁸⁸⁷.

2. Le recours à la procédure de rétablissement professionnel

456. L'ordonnance du 12 mars 2014 est venue consacrer la procédure de rétablissement professionnel au profit de tout professionnel indépendant⁸⁸⁸. L'article L. 645-1 du code de commerce dispose que « il est institué une procédure de rétablissement professionnel sans liquidation ouverte à tout débiteur, personne physique, mentionné au premier alinéa de l'article L. 640-2, qui ne fait l'objet d'aucune procédure collective en cours, n'a employé aucun salarié au cours des six derniers mois et dont l'actif déclaré a une valeur inférieure à un montant fixé par décret en Conseil d'Etat⁸⁸⁹ »⁸⁹⁰. L'entrepreneur individuel peut solliciter l'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel lorsque le montant de son actif ne dépasse pas 5000 euros. Cependant, au regard de l'alinéa 2 dudit article, l'EIRL ne peut bénéficier de la procédure de rétablissement

626-14 du même Code précise que « les demandes de remise de dettes sont examinées au sein d'une commission réunissant les chefs des services financiers et les représentants des organismes et institutions intéressés. Le président de la commission recueille les décisions des administrations, organismes et institutions représentés et en assure la notification. Le président peut déléguer sa signature à l'un des membres de la commission. Le défaut de réponse dans un délai de dix semaines à partir de la date de réception de l'ensemble des éléments mentionnés aux articles R. 626-12 et R. 626-13 vaut décision de rejet. La composition et les conditions de fonctionnement de la commission sont fixées par décret ».

885 Les délais imposés aux créanciers ne peuvent excéder plus de 10 ans, sauf pour les créanciers de l'agriculteur qui peuvent se voir imposer des délais plus long sans excéder 15 ans.

886 L'acceptation des délais et remises profite également aux personnes physiques coobligées de l'entrepreneur individuel, aux personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant cédé ou affecté un bien en garantie.

887 A défaut d'exécution de la part de l'entrepreneur individuel, le commissaire à l'exécution du plan procède au recouvrement des dividendes.

888 Sur ce point v. Ph. Roussel Galle, Le rétablissement professionnel : de l'effacement des dettes au rebond À propos de l'ordonnance du 12 mars 2014, Gaz. Pal., 8 avr. 2014, n° 98, p. 32.

889 L'art. R. 645-1, C. com. précise à cet effet que « la valeur de réalisation de l'actif mentionné au premier alinéa de l'article L. 645-1 est inférieure à 5 000 euros. Cet actif est déclaré conformément à l'article R. 640-1-1 ».

890 Art. L. 645-1, al. 1, C. com

personnel⁸⁹¹. Toutefois, certains auteurs estiment que lorsque l'activité professionnelle de l'EIRL en difficulté au titre de laquelle le rétablissement professionnel est demandé est exercée sous le patrimoine non affecté, ce dernier peut prétendre à la procédure⁸⁹²

Seul l'entrepreneur individuel qui ne dispose pas d'actifs suffisants pour prétendre à une procédure de liquidation judiciaire peut choisir après l'ouverture de la liquidation judiciaire d'être soumis à la procédure de rétablissement professionnel. Toutefois, pour protéger les droits des tiers, la loi précise que le débiteur ne doit pas avoir employé aucun salarié au cours des six mois précédant la demande d'ouverture de la procédure. Est exclu ainsi de cette procédure l'entrepreneur individuel en cours d'instance prud'homale⁸⁹³. À ces conditions, s'ajoute l'absence d'une procédure collective en cours. De plus, l'article L. 645-2 du code de commerce dispose que « la procédure de rétablissement ne peut être ouverte à l'égard d'un débiteur qui a fait l'objet, depuis moins de cinq ans, au titre de l'un quelconque de ses patrimoines, d'une procédure de liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif ou d'une décision de clôture d'une procédure de rétablissement professionnel ».

Comme les mesures de prévention des difficultés ou la procédure de sauvegarde, le rétablissement professionnel est une procédure volontariste qui ne peut être demandée que par l'entrepreneur individuel en liquidation judiciaire⁸⁹⁴. Toutefois, le tribunal compétent ne peut ouvrir la procédure que si l'entrepreneur individuel remplit les conditions prévues par l'article L. 645-1 et L. 645-2 du code de commerce et après avoir recueilli l'avis du ministère public⁸⁹⁵.

457. L'ouverture de la procédure n'emporte cependant aucune conséquence sur les droits des créanciers de l'entrepreneur individuel. Les créanciers ne sont pas soumis à la règle de l'arrêt des poursuites individuelles⁸⁹⁶. Cependant, en cas de poursuite de la part d'un créancier, l'entrepreneur individuel peut saisir le juge commis aux fins de suspendre les poursuites des créanciers et d'ordonner le report du paiement des sommes dues dans la limite de la durée de la procédure qui est de quatre mois⁸⁹⁷. L'article L. 645-6, alinéa 2 précise que « toute stipulation contraire est réputée non écrite ».

⁸⁹¹ V. art. L. 645-1, al. 2, C. com. L'entrepreneur individuel décédé ou retiré la vie professionnelle n'est pas, non plus, éligible à la procédure de rétablissement professionnel.

⁸⁹² V. P.-M. Le Corre, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., p. 130.

⁸⁹³ Art. L. 645-1, al. 3, C. com.

⁸⁹⁴ Cette procédure est en effet conçue « comme un avantage pour le débiteur », P.-M. Le Corre, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., p. 131.

⁸⁹⁵ Art. L. 645-3, al. 3, C. com.

⁸⁹⁶ L'entrepreneur individuel n'est pas non plus dessaisi.

⁸⁹⁷ L'art. L. 645-4, al. 3, C. com. précise que « la procédure est ouverte pour une période de quatre mois ».

Le mandataire judiciaire nommé pour assister le juge commis « informe sans délai les créanciers connus de l'ouverture de la procédure et les invite à lui communiquer, dans un délai de deux mois à compter de la réception de cet avis, le montant de leur créance avec indication des sommes à échoir et de la date des échéances ainsi que toute information utile relative aux droits patrimoniaux dont ils indiquent être titulaires à l'égard du débiteur »⁸⁹⁸. Cependant, cette communication des créances au mandataire judiciaire ne doit pas s'analyser comme une déclaration de créances à laquelle sont soumis les créanciers sous peine de forclusion. Dans le rétablissement professionnel, cette communication ne vise non plus à déterminer le passif du débiteur en vue d'un éventuel apurement, l'entrepreneur individuel ne dispose pas d'actifs. Mais, l'appréciation du passif de l'entrepreneur individuel peut permettre au mandataire judiciaire de connaître également le véritable actif de celui-ci. C'est pour cette raison que l'article L. 645-8 du code de commerce demande aux créanciers d'informer le mandataire judiciaire sur « toute information relative aux droits patrimoniaux dont ils indiquent être titulaires à l'égard de leur débiteur ». Pour déterminer l'actif de l'entrepreneur individuel, le juge commis dispose de larges pouvoirs⁸⁹⁹. Si au terme de la communication des créances, il se trouve que l'entrepreneur individuel dispose d'actifs, le juge commis, après avis du ministère public et sur rapport du mandataire, saisit le tribunal compétent aux fins d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire. Selon l'article L. 645-9, alinéa 1 du code de commerce, « à tout moment de la procédure de rétablissement professionnel, le tribunal peut, sur rapport du juge commis, ouvrir la procédure de liquidation judiciaire demandée simultanément à celle-ci, s'il est établi que le débiteur qui en a sollicité le bénéfice n'est pas de bonne foi ou si l'instruction a fait apparaître l'existence d'éléments susceptibles de donner lieu aux sanctions prévues par le titre V du présent livre ou à l'application des dispositions des articles L. 632-1 à L. 632-3 »⁹⁰⁰. De même l'article L. 645-12 du code de commerce précise que « lorsqu'après le prononcé de la clôture de la procédure de rétablissement professionnel en application de l'article L. 645-10, il apparaît que le débiteur a obtenu le bénéfice de cette procédure par une description incomplète de son actif ou de son passif, le tribunal, s'il est saisi aux fins d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire, peut fixer, dans son jugement, la date de cessation des paiements à la date d'ouverture de la procédure de rétablissement professionnel sans qu'elle puisse être antérieure de plus de dix-huit mois à la date de

⁸⁹⁸ Art. L. 645-8, C. com.

⁸⁹⁹ En effet, « le juge commis dispose des pouvoirs prévus à l'article L. 623-2. Il communique sans délai au mandataire qui l'assiste tous renseignements et documents utiles à l'accomplissement de sa mission », art. L. 645-5, C. com.

⁹⁰⁰ L'art. L. 645-9, al. 2 et 3, C. com précise également les autres conditions dans lesquelles une procédure de liquidation est ouverte. Selon ce texte, « la procédure de liquidation judiciaire est également ouverte s'il apparaît que les conditions d'ouverture de la procédure de rétablissement professionnel n'étaient pas réunies à la date à laquelle le tribunal a statué sur son ouverture ou ne le sont plus depuis. Le tribunal peut également être saisi en ouverture de la procédure de liquidation judiciaire sur requête du ministère public ou par assignation d'un créancier ou, dans le cas prévu au deuxième alinéa, par le débiteur ».

ce jugement. La décision du tribunal fait recouvrer leurs droits aux créanciers dont les créances avaient fait l'objet de l'effacement prévu par l'article L. 645-11 ; ils sont dispensés de déclarer ces créances à la procédure de liquidation judiciaire. ».

458. Lorsque l'entrepreneur individuel est de bonne foi et qu'il remplit toutes les conditions légales, le juge commis sur rapport du mandataire judiciaire et, après avis du ministère public, peut décider de saisir le tribunal compétent aux fins de clôture de la procédure de rétablissement professionnel. La clôture de la procédure de rétablissement professionnel entraîne l'effacement de toutes les dettes de l'entrepreneur individuel. Selon l'article L. 645-11 du code de commerce, «la clôture de la procédure de rétablissement professionnel entraîne effacement des dettes à l'égard des créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure, a été portée à la connaissance du juge commis par le débiteur et a fait l'objet de l'information prévue à l'article L. 645-8. Ne peuvent être effacées les créances des salariés, les créances alimentaires et les créances mentionnées aux 1^o et 2^o du I et au II de l'article L. 643-11. Les dettes effacées sont mentionnées dans l'ordonnance de clôture ». La solution posée par l'article L. 645-11 du code de commerce est presque identique à celle posée par l'article L.332-5 du Code de la consommation concernant le rétablissement personnel⁹⁰¹. La seule différence est que le rétablissement personnel ne vise que l'effacement des dettes non professionnelles tandis que le rétablissement professionnel vise toutes les dettes de l'entrepreneur individuel sans distinction entre celles qui sont nées de son activité professionnelle ou non.

Sont effacés les dettes nées antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure de rétablissement professionnel et qui sont portés, par le débiteur, à la connaissance du juge commis et qui ont fait l'objection de l'information prévue par l'article L. 645-8 du code de commerce. Le défaut de communication de la créance de la part du créancier ou la communication faite en dehors du délai de deux mois ne doit, en principe, avoir aucune conséquence sur l'effacement des dettes afin d'éviter que les créanciers ne se soustraient à l'effacement de leurs dettes en contournant cette obligation.

Seules, les créances salariales, les créances alimentaires, les créances résultant d'une condamnation pénale et les dettes de remboursement envers les garants de l'entrepreneur individuel subsistent⁹⁰².

⁹⁰¹ Selon, l'art. L. 332-5, al. 2, C. consom., « le rétablissement personnel sans liquidation judiciaire rendu exécutoire par le juge du tribunal d'instance entraîne l'effacement de toutes les dettes non professionnelles du débiteur, arrêtées à la date de l'ordonnance conférant force exécutoire à la recommandation, à l'exception des dettes visées à l'article L. 333-1, de celles mentionnées à l'article L. 333-1-2 et des dettes dont le prix a été payé au lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé, personnes physiques. Le rétablissement personnel sans liquidation judiciaire entraîne aussi l'effacement de la dette résultant de l'engagement que le débiteur a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société ».

⁹⁰² V. art. L. 643-11, C. com.

Conclusion du Titre II

459. La protection recherchée à travers les mécanismes de protection, notamment lorsque l'entrepreneur individuel est soumis à une procédure collective ne semble pas produire ses effets. L'objectif poursuivi était de cantonner les droits des créanciers afin que le patrimoine personnel soit mis hors de l'assiette de la procédure collective en cas de difficulté de l'entrepreneur individuel. En cas d'ouverture d'une procédure collective, par la technique de la soustraction ou celle de l'affectation, seuls les biens professionnels seront visés par ladite procédure, les biens non professionnels étant mis à l'abri de la poursuite des créanciers professionnels.

Cependant, les insuffisances des mécanismes de protection ne permettent pas d'atteindre ce résultat lorsque l'entrepreneur individuel est en difficulté. Aussi bien les mécanismes de droit commun que les mécanismes spécifiques à l'entrepreneur individuel présentent une efficacité timorée face à la procédure collective. S'agissant des mécanismes de droit commun, la protection qu'elle offre à l'entrepreneur individuel est illusoire car elle le choix du régime de la séparation des biens n'empêche pas la réalisation des biens indivis. De même, la fiducie est paralysée à l'ouverture de la procédure collective à l'égard du constituant lorsque le contrat est assorti d'une convention de mise à disposition. En dehors de cette hypothèse, rien n'empêche le retour du patrimoine fiduciaire dans l'assiette de la procédure collective. La même relativité touche les mécanismes spécifiques à l'entrepreneur individuel. La complexité de l'EIRL constitue un obstacle à son efficacité dans la procédure collective, d'autant plus que les hypothèses de remise en cause du cantonnement patrimonial sont nombreuses. En outre, la possibilité de l'existence de créanciers à qui la déclaration d'affectation est inopposable rend incertaine la protection du patrimoine personnel.

450. La même logique préside l'efficacité de la déclaration notariée d'insaisissabilité dans la mesure où la protection n'est limitée qu'aux créanciers professionnels postérieurs. Les créanciers antérieurs à sa mise en place peuvent de ce fait saisir les biens déclarés insaisissables en dehors de la procédure collective car ils ne sont pas soumis, à l'égard de ces biens, à la règle de l'interdiction des poursuites individuelles.

Ainsi, il serait préférable de revoir l'efficacité des mécanismes de protection de l'entrepreneur individuel, notamment lorsque celui-ci est en difficulté.

Conclusion de la Partie II

451. Au regard de ces observations, il est évident de constater que la protection de l'entrepreneur individuel à travers les mécanismes instaurés par le législateur est loin d'être parfaite. Leur efficacité est remise en cause par les créanciers antérieurs dès lors que toutes les conditions à leur mise en œuvre ne sont pas respectées. Les manquements de l'entrepreneur individuel se traduisent automatiquement par leur échec. Même si ces conditions sont respectées, les créanciers trouveront des moyens de contourner leur efficacité.

En cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard de l'entrepreneur individuel, si leur validité n'est pas remise en cause par les nullités de la période suspecte, le mandataire judiciaire ou le liquidateur, selon les cas, cherchera certainement à remettre en cause le cloisonnement patrimonial instauré par une action en réunion d'actif sur le fondement de la confusion des patrimoines professionnel et personnel.

452. Dans l'espoir d'un renforcement de l'efficacité de ces mécanismes, l'entrepreneur individuel aurait intérêt à s'orienter vers les procédures préventives afin d'anticiper le règlement de ses difficultés. Dans la mesure où les mécanismes censés protéger son patrimoine personnel ne lui offrent la sécurité escomptée, le recours aux procédures préventives telles que la procédure de conciliation ou la procédure de règlement préventif (du droit de l'OHADA) ou même la procédure de sauvegarde peuvent lui permettre de surmonter ses difficultés.

À la limite, lorsqu'il est dans une situation irrémédiablement compromise et que son actif n'est pas consistant, la procédure de rétablissement professionnel lui permet de bénéficier d'une procédure courte à l'issue de laquelle il pourra rebondir.

Ainsi, le droit des procédures collectives vu sous cet angle peut être un tremplin pour l'entrepreneur individuel confronté aux aléas de son activité professionnelle.

CONCLUSION GENERALE

453. En définitive, à travers les mécanismes mis en place, l'entrepreneur individuel peut soustraire une partie de son patrimoine du gage et de la poursuite de ses créanciers professionnels. La création d'un patrimoine d'affectation par le recours à la fiducie ou en choisissant d'exercer sous le forme d'un entrepreneur à responsabilité limitée lui permet de cantonner les droits des créanciers professionnels qui n'auront pour gage restreint uniquement que les biens contenus dans ce patrimoine. L'entrepreneur individuel peut également soustraire certains de ses biens personnels de la poursuite de ses créanciers professionnels par la déclaration notariée d'insaisissabilité ou en adoptant judicieusement, s'il est marié, un régime séparatiste. Une partie du patrimoine personnel, voire conjugal, de l'entrepreneur individuel est mis hors de la portée des créanciers professionnels, ce qui est particulièrement efficient lorsque ce dernier est en proie à des difficultés financières.

454. Cependant, comme nous l'avons démontré, cette protection de l'entrepreneur individuel perd sensiblement de son efficacité au moment où elle demeure le plus utile, c'est-à-dire en cas d'ouverture d'une procédure collective. Le livre VI du code de commerce et l'interprétation jurisprudentielle qui en est faite, apporte de nombreuses exceptions à ces mécanismes de protection, notamment afin de garantir le respect des droits des créanciers. La fiducie perd de son efficacité, à défaut de convention de mise à disposition puisque l'organe de la procédure peut réaliser les biens fiduciaires. L'adoption d'un régime matrimonial séparatiste n'est pas aussi protecteur, le mandataire pouvant devant demander le partage des biens indivis et appréhender la quote-part qui ainsi réintègre l'actif de la procédure. Si la DNI semble résister aux velléités du mandataire, l'immeuble insaisissable serait cependant appréhendé par les créanciers antérieurs à la publication de la déclaration. Enfin, s'agissant de l'EIRL, cet "objet juridique non identifié", l'extrême complexité des règles de gestion qui représente en soi un lourd handicap, permettront dans la plupart des cas à l'organe de la procédure d'intenter l'action en réunion qui sonnera la glas de la séparation initiale des biens.

455. De surcroît, et pour assombrir un peu plus le tableau, la faculté de renonciation, souvent unilatérale, offerte à l'exploitant, peut être vue comme une faille dans laquelle les créanciers risquent de s'engouffrer. Profitant de la faiblesse de leur débiteur engendrée par sa situation exsangue, ils ne manqueront pas de l'inciter très fortement à renoncer afin de contourner le cloisonnement des patrimoines ou l'insaisissabilité de certains biens personnels. Sous ces réserves, l'efficacité des mécanismes de protection semble jouer lorsque l'entrepreneur individuel les adopte au début de son activité professionnelle et non lorsqu'il les adopte au cours de son expérience professionnelle.

En droit français, la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises a simplifié les activités professionnelles des entrepreneurs individuels et l'accès à l'EIRL, en y apportant beaucoup de modifications. Toutefois, cette loi vise, en partie, la simplification des règles de fonctionnement de l'EIRL et à corriger quelques lacunes, sans véritablement renforcer l'efficacité de ce dispositif, ni même proposer d'ailleurs des mesures de protection de l'entrepreneur individuel. Espérons que la réflexion portant sur le statut juridique de l'entreprise individuelle permette la mise en place de mécanismes de protection efficaces.

456. Par ailleurs, les mécanismes spécifiques à l'entrepreneur individuel n'existent pas en droit de l'OHADA. Or, pour la promotion de l'entrepreneuriat individuel et la protection des entrepreneurs individuel, la consécration de ces mécanismes est souhaitable, voire nécessaire. Cette nécessité se justifie, en partie, par la méfiance des entrepreneurs individuels évoluant dans cet espace envers la structure sociétale. La consécration de la société unipersonnelle depuis 1998 n'a pas montré une forte affluence de ces acteurs économiques vers un changement de forme sociale. La simplification des règles de constitution d'une société intervenue en 2010 ne semble guère changer cet état de fait. De plus, la consécration du statut de l'entrepreneur en vue de formaliser le secteur informel ne produit pas toujours les effets escomptés.

Dès lors, il nous semble opportun que la mise en place, dans l'espace OHADA, de véritables mesures permettant aux entrepreneurs individuels d'exercer en toute sécurité leurs activités professionnelles sans se soucier des risques professionnels sur leur patrimoine personnel. À cet effet, la déclaration d'insaisissabilité et l'entreprise individuelle à responsabilité limitée semblent être adaptés pour garantir cette sécurité à l'entrepreneur individuel de l'espace OHADA. Toutefois, le mimétisme ne doit pas être poussé, la consécration de ces mécanismes en droit de l'OHADA doit tenir en compte le contexte socio-économique dans lequel évoluent ces acteurs. Comme nous l'avons souligné, l'EIRL et la déclaration d'insaisissabilité doivent être adaptées, la différence entre les deux systèmes exigeant une différence d'approche. L'entrepreneur individuel ne pourra créer qu'un seul et unique patrimoine d'affectation et la déclaration d'insaisissabilité ne concernera que sa résidence principale, s'il en a plusieurs. Autrement, nous risquons de remettre en cause l'étendue des droits des créanciers et en conséquence perdre la confiance des créanciers qui, pourtant, est primordiale pour le développement des petites et moyennes entreprises au sein de l'espace OHADA.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

OUVRAGES GENERAUX

- **AUBRY C.** et **RAU C.**, Cours de droit civil, t 6, 4 éd., 1873.
- **AYNES L.** et **CROCQ P.**, Les sûretés, La publicité foncière, 5e éd., Defrénois, 2011.
- **BOURASSIN M.**, **BREMOND V.** et **JOBARD-BACHELLIER M.-N.**, Droit des sûretés, 3e éd., Sirey, 2012.
- **BRENNER C.**, Voies d'exécution, 5e éd., coll. Cours, Dalloz, 2009.
- **CABRILLAC M.**, **CABRILLAC C.**, **MOULY Ch.** et **PETEL Ph.**, Droit des sûretés, 9ème éd., Litec, 2010.
- **CORNU G.**, Droit civil, introduction, les personnes les biens, 12e éd. Domat Montchrestien, 2005.
- **CORNU G.**, Les régimes matrimoniaux, 9ème éd., PUF 1997.
- **DONNIER M.** et **DONNIER J.-B.**, Voies d'exécution et procédure de distribution, 8e éd., Litec, 2009.
- **FLOUR J.** et **CHAMPENOIS G.**, Les régimes matrimoniaux, 2e éd., A. Colin, 2001.
- **FLOUR J.**, **AUBERT J.-L.** et **SAVAUX E.**, Les obligations, t. I, 14e éd. A. Colin, 2010.
- **HOONAKKER Ph.**, Procédures civiles d'exécution, Coll. Manuel, Paradigme, 2010.
- **LE CORRE P.-M.**, Droit des entreprises en difficulté, Dalloz, 2014.
- **LIENHARD A.**, Procédures collectives, Delmas, 3e éd. 2009.
- **MALAURIE Ph.** et **AYNES L.**, Régimes matrimoniaux, 4ème éd., LGDJ, 2013.
- **MALAURIE Ph.**, **AYNES L.** et **STOFFEL-MUNCK Ph.**, Droit civil, Les obligations, LGDJ, 2013.
- **MARTY G.**, **RAYNAUD P.** et **JESTAZ Ph.**, Droit civil, t. 1, Les obligations, le régime, 2e éd., Sirey, 1989.
- **MAZEAUD H.** et **L. J. MAZEAUD**, **CHABAS F.**, Leçons de droit civil, t. II, Premier volume, Obligations théorie générale, 9e éd. par CHABAS F., Montchrestien, 1998.
- **MESTRE J.**, **PUTMAN E.** et **BILIAU M.**, Traité de droit civil droit commun des sûretés réelles, LGDJ, 1996.
- **MIGNOT M.**, Droit des sûretés, 1re éd., Montchrestien, 2010, n° 3067.
- **PEROCHON F.**, Entreprises en difficulté, LGDJ 2012, 9e éd. n° 1128, p. 567.
- **PERROT R.** et **THERY Ph.**, Procédures civiles d'exécution, 2e éd. Dalloz, 2005.
- **PICOD Y.**, Droit des sûretés, PUF, 2ème éd., PUF, 2011.
- **POUGOUE P.-G.** (sous dir.), Encyclopédie du droit OHADA, Lamy, 2011.
- **REINARD Y.**, **THOMASSET-PIERRE S.** et **NOURISSAT C.**, Droit commercial, 8e éd., Lexis Nexis, 2012.
- **SIMLER Ph.** et **DELEBECQUE Ph.**, Les sûretés, La publicité foncière, 5^{ème} éd., Dalloz 2009.
- **TERRE F.** et **SIMLER Ph.**, Droit civil, Les biens, 4e éd., Dalloz, 1992.
- **TERRE F.** et **SIMLER Ph.**, Les régimes matrimoniaux, 5^{ème} éd., Dalloz, 2008.
- **TERRE F.**, **SIMLER Ph.**, et **LEQUETTE Y.**, Droit civil. Les obligations, 10^{ème} éd., Dalloz, 2009.

OUVRAGES SPECIAUX ET THESES

- **CASEY J.**, Les sûretés et la famille, thèse de droit, Bordeaux, 1997.
- **CAZELLES P.**, De l'idée de continuation de la personne comme principe de transmissions universelles, thèse, Paris, 1905.
- Congrès des notaires de France, n° 105, Propriétés incorporelles de l'entreprise, Lille 17-20 mai 2009, Litec, 2009.
- **DE GENTILE M.-J.**, Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967, éd. Sirey 1973.
- **DENOS P.**, EIRL, Eyrolles, 2011.
- **DESOUS G.**, La question de l'emprunt dans les régimes matrimoniaux, thèse Paris, 1982.
- **DESPAX M.**, L'entreprise et le droit, LGDJ, 1957.
- **DUBUISSON E.**, L'EIRL, Litec, 2010.
- **GAUDEMET E.**, Etude du transport des dettes, thèse, Dijon, 1897.
- **GJIDRA S.**, L'endettement et le droit, bibl. dr. privé, LGDJ, 1999.
- **JALLU O.**, Essai critique de l'idée de continuation de la personne, thèse, Paris, 1902.
- **KUNH C.**, Le patrimoine fiduciaire, contribution à l'étude de l'universalité, thèse, Paris I, 2003.
- **LEBEL C.**, L'entreprise individuelle, Lamy, 2011.
- **LECUYER H.**, La théorie du droit des obligations dans le droit patrimonial de la famille, Paris II, 1993.
- **MORIN G. et M.**, La réforme des régimes matrimoniaux, t. II : Defrénois, 1967.
- **NDIAYE A.-T.**, Les inopposabilités dans les procédures collectives d'apurement du passif en droit OHADA, Thèse, Dakar, 2004.
- **NICOLAS V.**, Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance, Caen 1994, bibl. dr. privé, LGDJ, 1996.
- **PLASTARA V.**, La notion juridique de patrimoine, thèse, Paris, 1903.
- **POUGOUE P.-G.** (sous dir.), Encyclopédie du droit OHADA, Lamy, 2011.
- **RAIMON M.**, L'unité du patrimoine en droit international privé, thèse, bibl. dr. privé, tome 359, LGDJ, 2002.
- **ROCHFELD J.**, Les grandes notions du droit privé, PUF, 2012.
- **TERRE F.**, (sous dir.), EIRL, Litec, 2011.
- **THOMAT-RAYNAUD A.-L.**, L'unité du patrimoine, Defrénois, 2007.
- **VERSCHAVE J.-P.**, Essai sur l'unité du patrimoine, thèse, Lille II, 1984.
- **VILLIERS R.**, Rome et le droit privé, Albin Michel, 1977.

ARTICLES DE DOCTRINE ET CHRONIQUES

- AULAGNIER J., L'assurance-vie est-elle un contrat d'assurance, *Dr. et pat.*, 1996, n° 44, p. 44.
- AUTEM D., L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel : *Defrénois* 2004, p. 127.
- BACCACHE M. et LEROYER A.-M., *RTD civ.* 2010, p. 636.
- BARREAU C., Les dispositifs tendant à limiter le risque entrepreneurial, *Defrénois*, 30 mars 2011, p. 529 et s.
- BATTEUR A., La recherche désespérée d'une préservation de la famille au détriment des créanciers : réflexions civilistes et pénalistes sur les fraudes, *LPA*, 03 juin 2014 n° 110, p. 12.
- BEIGNIER, R. CABRILLAC et LÉCUYER H. (sous dir.), *Lamy Droit des régimes matrimoniaux, successions et libéralités*, Études 155.
- BEYNEIX I., Le double échec de l'EIRL à l'aune du droit commun et du droit de la défaillance économique, *LPA*, 19 sept. 2011, n° 186, p. 17 et s.
- BOUTILLER P., Les nouvelles mesures de protection du patrimoine de l'entrepreneur individuel, *JCP E* 2003, *Prat.* 1359, p. 1518.
- BOY L., Les limites du formalisme du droit de l'OHADA à la sécurisation des entreprises, *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, N° 1 - Juin 2012.
- BRAUDO S., *Dic. du dr. privé* <http://www.dictionnaire-juridique.com>.
- BRIGNON A., La perméabilité des règles professionnelles, *LPA* 2010 n° 23, p. 5.
- CABRILLAC M. et TEUSSIE B., *RTD com.* 1994, p. 329.
- CABRILLAC M., Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers, in *Mélanges B. DERRIDA*, D. 1991, p. 31.
- CABRILLAC S., in *Gaz. Pal.* 28 juin 2012, p. 18.
- CASEY, L'article 1415 superstar ? *JCP E*, n° 4, 26 janv. 2000, II, 10237.
- CATALA P., J.-Cl. *Droit civil*, art. 756 à 767, Fasc. 20, n° 19.
- CATALA P., La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne, *RTD civ.* 1966, p. 185.s.
- CHABOT G. De l'évolution du droit de l'entreprise individuelle, *JCP E*, n° 31, Aout 2002.
- CHABOT G., Sources du droit en matière d'entreprise individuelle, *Jcl. Entreprise individuelle*, 1er fév. 2011, n° 134 et s.
- CHEVALIER J.-C. et LEPROUST-LARCHER M.-C., L'engagement des biens communs en présence d'actifs professionnels, *JCP N*, n° 23, 7 juin 2002, 1333.
- CISSE A., L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : l'expérience de l'OHADA à l'épreuve de sa première décennie », *RIDE*, 2004, p. 198.
- COHET-CORDEY F., La valeur explicative de la théorie du patrimoine, *RTD civ.* 1996, p. 826 et s.
- COMPARATO K., Essai d'une analyse dualiste de l'obligation en droit privé, *D.* 1969, n° 40-41.
- CONCHON H., Les clauses d'inaliénabilité : l'intérêt légitime à l'épreuve du temps, *LPA*, n° 75, 15 avr. 2002, p. 6.
- CROCQ P., La nouvelle fiducie-sûreté : une porte ouverte sur une prochaine crise des subprimes en France ?, *D.* 2009, p. 716.
- DAGOT M., L'acquisition faite au profit du survivant des acquéreurs, *JCP*, 1972, I, 2442, n° 8.

- DAGOT M., La déclaration d'insaisissabilité du logement principal de l'entrepreneur individuel : JCP N 2004, 1028.
- DAIGRE J.-J., La saisie et la vente forcée des parts de SCP d'officiers publics ou ministériels sont-elles possibles ? A propos d'un jugement du tribunal de grande instance de Grasse du 26 décembre 1990, Rev. huissiers 1992, p. 121.
- DE VAREILLES-SOMMIERES P., Le créancier et l'Europe : pour une simplification du recouvrement international de l'impayé, Mélanges Mouly, Litec, 1998, t. 2, p. 437 et s.
- DEGNI-SEGUI R., Codification et uniformisation du droit, Encyclopédie juridique de l'Afrique, NEA, 1982, t. 1.
- DELMAS SAINT-HILAIRE P., Variations sur le pacte tontinier, Dr. et pat., 1998, p. 52 et s.
- DEMEYERE D., Caractère collectif de la procédure et EIRL, Rev. proc. coll., mai 2012 - n° 3.
- DEPONT A., Les applications du pacte tontinier, Dr. et pat., janv. 1998, p. 52 et s.
- DERUPPE J.-J., La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance, D. 1952, spéc. n° 338 et s.
- D'HOIR-LAUPRETRE, Le conjoint du chef d'entreprise : la nécessité d'une plus grande autonomie patrimoniale dans le respect des intérêts de tous les créanciers, Dr. et pat., no 56, janvier 1998, p. 21.
- DONDERO B., EIRL - Duo in carne una . - À propos de l'ordonnance du 9 décembre 2010, Aperçu rapide, JCP G, 20 Décembre 2010, p. 1261.
- DONDERO B., L'EIRL ou l'entrepreneur fractionné, JCP G, 2010, I, 679.
- DOUAOUI-CHAMSEDDINE M., L'adaptation du droit du surendettement à l'EIRL, JCP E, n° 6, 10 fév. 2011, 1116, n° 27.
- DUFOUR O., Le projet de loi « initiative économique » soulève la polémique, LPA, 14 mars 2003, p. 4.
- DUMORTIER H., Clause d'accroissement ou de tontine insérée dans une acquisition en commun », in Juris-classeur civil, App. art. 1964, 1996.
- DUPUIS D., L'insaisissabilité des biens que l'entrepreneur individuel n'a pas affectés à son usage professionnel : un miroir aux alouettes ? : Cah. dr. entr. 2008, p. 35.
- GALLOIS-COCHET D., Micro-entreprise, micro-entrepreneur et auto-entrepreneur, JCP E 2009, 1407.
- GAMET M., Mariage : Les atouts méconnus du régime de la séparation des biens, 29 nov. 2012, www.lemonde.fr.
- GAONAC'H A., L'implication de l'article 1415 du Code civil dans la gestion des biens communs, LPA, 1 mars 2000, n° 43, p. 8 et s.
- GAUTIER P.-Y. et PASQUALINI F., Action paulienne, Rép. Civ. Dalloz, Sept. 2006, § 43.
- GHESTIN J., L'incidence du décès du conjoint de l'assuré sur l'assurance-vie, JCP, éd. G, 1995, doct. 3881, n° 17 et spéc., n° 26 et s.
- GIBIRILA D., L'entreprise individuelle à responsabilité limitée après les textes de décembre 2010, Bull. Joly Sociétés, 01 mars 2011 n° 3, p. 234.
- GOURIO A., BERTOU F., et POITIEZ A., L'utilisation du contrat d'assurance-vie comme instrument de garantie, JCP, N, 1995, p. 510.
- GOURIO A., La jurisprudence consolide le régime des garanties sur contrats d'assurance-vie, JCP, éd. E, 2001, p. 1464.

- GRARE-DIDIER C., Retour sur l'article 1415 du Code civil : cautionnement et notions voisines, RDC, 1^{er} avril 2008, n° 2, p. 445 et s.
- GRILLET-PONTON D., L'organisation de l'insolvabilité en droit patrimonial de la famille, Rec. Dalloz Sirey, 7 nov. 1996, n° 39, p. 339-342.
- GRIMALDI M. et DAMMANN R., La fiducie sur ordonnances, D. 2009, p. 670, n° 18.
- GRIMALDI M., L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire, D. 2006, p. 1294.
- GRIMALDI M., Le logement et la famille, Defrénois 1983, p. 1025 et p. 1105.
- GRIMALDI M., Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles, JCP N, 2006, 1387 n° 5.
- GRIMALDI M., Théorie du patrimoine et fiducie, RLDC, déc. 2010, n° 77, p. 74 et s..
- GUYON Y., Le droit de regard du créancier sur l'activité du débiteur, RJC, numéro spécial, in l'évolution du droit des sûretés, colloque de Deauville.
- GUYON Y., L'inaliénabilité en droit commercial, Mélanges Sayag, 1997, p. 297.
- HOVASSE-BANGET S., Insaisissabilité de la valeur de rachat d'un contrat d'assurance-vie. A propos de Civ. 1^{re} 28 avril 1998, Defrénois, 1998, art. 36837.
- HOVASSE-BANGET S., La fonction de garantie de l'assurance-vie, Defrénois, 1998, art. 36715 et 36785.
- HUMBERT J.-F., Le système de la publicité foncière est à la fois le meilleur et le seul moyen de protéger tant le professionnel que les tiers, LPA, 2 avr. 2003, p. 4.
- HUNK C., Des patrimoines et des hommes, Dr. et patr., fév. 2012, n° 211.
- ISSA-SAYEGH J., L'entrepreneur, un nouvel acteur économique en droit OHADA : ambiguïtés et ambivalence, Rev. Penant n° 878, Janvier-mars 2012, p. 5 et s.
- KANTE A., Réflexions sur le principe de l'égalité entre les créanciers dans le droit des procédures collectives d'apurement du passif (O.H.A.D.A.), www.OHADADA.com, Ohadata D-06-47.
- KENFACK DOUAJNI G., L'exécution forcée contre les personnes morales de droit public dans l'espace OHADA, Rev. cam. arb. n°18-2002, p.3, www.OHADADA.com/ohadata D-08-48.
- KENFACK DOUAJNI G., Propos sur l'immunité d'exécution et les émanations des Etats, Rev. cam. arb., n°30-2005, p.3, www.OHADADA.com/ohadata D-08-59.
- KUATE-TAMEGHE S. S., Les mystères des articles 50 alinéa 1 et 51 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, Afrilex n° 5, p. 179 et s. <http://www.afrilex.u-bordeaux4.fr>.
- KULLMANN J., Pour le maintien du droit au rachat en dépit de l'acceptation du bénéficiaire à propos des contrats d'assurance-vie, in Mél. en l'honneur de C. Gavalda, Propos impertinents de droit des affaires, D. 2001, p. 199.
- LAFFLY R. et MARTIN P., Les innovations de l'ordonnance du 12 mars 2014, JCP G, 2014, 524.
- LAMBERT-WIBER S., Le principe d'unité du patrimoine à l'épreuve de la responsabilité financière d'une personne mariée sous le régime de la communauté : Defrénois 1999, art. 37059.
- LAUGIER M., Initiative économique et déclaration notariée d'insaisissabilité, JCP E, 2003, 1507.
- LE CORRE P.-M., Droit des entreprises en difficulté, D. 2014, p. 6.
- LE CORRE P.-M., L'heure de vérité de l'EIRL : le passage sous la toise du droit des entreprises en difficulté, Recueil Dalloz 2011, p. 91 et s.

- LE CORRE P.-M., Protection de l'entrepreneur individuel et déclaration d'insaisissabilité. À propos de la loi pour l'initiative économique du 1er août 2003, AJDI 2004, p. 179 et s.
- LE GUIDEC R., Jcl., Entreprise individuelle, Fasc. 1130 : Régimes matrimoniaux- Fonds de commerce et composition du patrimoine des époux, juin 2014, n° 16 et s.
- LE GUIDEC R., La liquidation et le partage (de la communauté), in Droit patrimonial de la famille, Dalloz-Action 2001, n° 916.
- LECUYER H. et REIGNE P., L'unité du patrimoine dans sa dimension diachronique. Etude comparée du droit des régimes matrimoniaux et du droit des procédures collectives. In Sociologie du patrimoine, la réalité de la règle de l'unicité du patrimoine, Paris II, juillet 1995.
- LECUYER H., Assurance-vie, libéralité et droit des successions, Dr. fam., 1998, chron. 7, n° 25.
- LECUYER H., Crédit immobilier et droit patrimonial de la famille, LPA n° 51 du 29 avril 1998, p. 23.
- LEGEAIS D., Le gage des créanciers dans l'EIRL, Defrénois, 2011, p. 560.
- LEGRAND V., Déclaration d'insaisissabilité contre hypothèque judiciaire : quelle efficacité ? BJE, n° 5, p. 305.
- LEGRAND V., EIRL : lancement des opérations et premier « casse-tête » à l'attention des aspirants (composition du patrimoine affecté), LPA, 03 janvier 2011 n°1, p. 3.
- LEGRAND V., EIRL : Vers une simplification, LPA, 13 mai 2013, n° 95, p. 13.
- LEGRAND V., L'EIRL pourra-t-il prétendre à une procédure de surendettement ?, D. 2010, p. 2358.
- LEGRAND V., Le conjoint commun en biens de l'entrepreneur et patrimoine d'affectation : réconciliation de la vie professionnelle et de la famille ? LPA, 3 juin 2014, n° 110, p. 86 et s.
- LEROY M. Le passif fiduciaire, Dr. et patr., 2008, n° 171, p. 58.
- LEROY M., SAMB M., Biens et droits insaisissables, in Encyclopédie du droit OHADA, Pougoué P.-G. (sous dir.), Lamy, 2011, p. 440 et s.
- LESBATS C., Le droit viager au logement et l'option du conjoint survivant, JCP N 2005, p. 1078, spéc. n° 15.
- LEVILLAIN N., Le droit au logement temporaire du conjoint survivant, JCP N 2002, n° 1440, p. 1076.
- LEVILLAIN N., Le droit viager au logement du conjoint survivant, JCP N 2003, n° 1043, p. 101.
- LIBCHABER R., Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007, Defrénois 2007, art. 38631, Defrénois 2007, art. 38639.
- LOPARD C., Un exemplaire inattendu d'insaisissabilité : la tontine, LPA, 3 août 1998, p. 11.
- MALECKI C., La loi pour l'initiative économique et l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel : D. 2003, p. 2220.
- MARCORIG-VENIER F. et SAINT-ALARY-HOUIN C., La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises : entre transparence et confidentialité, efficacité et fragilité !, BJE, janv. 2014, p. 10.
- MARIANI-RIELA M.-C., Le devenir des mécanismes de protection des biens personnels en cas d'ouverture d'une procédure collective : Rev. Lamy dr. aff. 2010/50, n° 2923.
- MARTIN D. R., De l'entreprise individuelle : RD bancaire et bourse 1994, n° 42, p. 50
- MARTY R., De l'indisponibilité conventionnelle des biens, LPA 21-22 nov. 2000.

- MAZEAUD D., Droit des obligations : Réformes accomplies et réformes attendues, coll. Poitiers, mai 2014.
- MAZERON H., Un bien acquis en tontine peut-il être saisi par le créancier de l'un des acquéreurs ?, Defrénois, 1998, art. 36761.
- MBAYE K., L'histoire et les objectifs de l'OHADA, LPA, n° 20, spéc., 13 oct. 2004.
- MESMIN KOUMBA E., Les enjeux de l'extension des actes uniformes aux entreprises informelles africaines, Rev. congolaise de dr. des aff., n° 10, p. 15 et s.
- MOLFESSIS N., Entreprise et patrimoine : Évolution ou révolution ? Gaz. pal., 19 mai 2011 n° 139, p. 63 et s., n° 6.
- MONSERIE-BON M.-H., Brèves réflexions sur les contrats et l'EIRL, BJE, 1er mars 2011 n° 1, p.65 et s.
- MONSERIE-BON M.-H., L'insaisissabilité de la résidence principale : ordre et désordre dans le rôle de la publicité, Mél. R. Saint-Alary : PU Toulouse, 2006, p. 387.
- MONTERAN Th., EIRL : le miroir aux alouettes ? Gaz. Pal., 8 janv. 2011, p. 3.
- NDIAYE A.-T., Conflits de normes en droits communautaires OHADA et UEMOA : Exemples des paiements réalisés dans les systèmes de paiement intégrés en cas de procédures collectives d'apurement du passif, Revue de droit uniforme (UNIDROIT) n° 2007-2, p. 285 et s.
- PASQUALINI F., L'emprunt et le régime matrimonial, Defrénois, art. 35013, p. 449-465.
- PELLIER J.-D., Regard sur la fiducie, LPA, 21 mars 2007, p. 6.
- PEROCHON F., Efficacité de la déclaration d'insaisissabilité... : oui, mais après ? RPC, n° 4, Juill. 2013, dossier 25.
- PETEL Ph., L'adaptation des procédures collectives à l'EIRL, JCP E 2011, I, 1071, spéc. n° 7.
- PETEL Ph., L'adaptation des procédures collectives à l'EIRL ; note sous Ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'EIRL, JCP E, 3 fév. 2011, 1071.
- PIEDELIEVRE S., De quelques difficultés posées par la souscription d'une garantie à première demande par un époux commun en biens : JCP. éd. N., 1996, p. 1319.
- PIEDELIEVRE S., L'EIRL, Defrénois, 15 juillet 2010 n° 13, p. 1417 et s.
- PIEDELIEVRE S., L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, JCP E, 1re oct. 2003, p. 1717 et s.
- PIEDELIEVRE S., Le nouveau droit de l'insaisissabilité, Defrénois, 30 nov. 2008, p. 2245.
- PIEDELIEVRE S., L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, Loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique : JCP G 2003, I, 165.
- PIEDELIEVRE S., Rép. Dalloz, Usage-habitation, spéc. no 9, p. 2.
- PIEDELIEVRE S., L'EIRL et les procédures collectives, LPA, 04 février 2011 n° 25, p. 7 et s.
- PUIG P., La fiducie et les contrats nommés, Dr. et patr., juin 2008, p. 68.
- PUTMAN E., Les nouvelles dispositions sur la vente des parts de sociétés civiles et d'exercice libéral et leur incidence en matière de saisie, LPA 20 avr. 1994, n° 47.
- PUYGAUTHIER J.-L., Cautionnement ou emprunt souscrit par un époux commun en biens : une jurisprudence bienveillante, Defrénois, 30 sept. 2005, n° 18, p. 1393.
- REGNAUT-MOUTIER C., EIRL : adaptation de la règle « faillite sur faillite ne vaut », Rev. proc. coll., n° 2, mars 2011, dossier 18.

- RETGROBELLET A., L'auto-entrepreneur : vers un statut de l'activité indépendante, RLDA mars 2009, no 2217.
- REVET Th., Rapport introductif au dossier « l'EIRL : la nouvelle donne pour l'entrepreneur », Dr. et patr., avr. 2011, n° 202, p. 44.
- ROUIT V., Fiducie-sûreté, Lamy Droit des sûretés, mars 2012, p. 293-175.
- RUBELLIN P., La tontine infernale, Bull. Joly Ent. Diff., 01 septembre 2012 n° 5, p. 274.
- RUBELLIN P., La voie royale pour demander le partage de l'indivision : l'article 815 du Code civil ! Bull. Joly Ent. Diff., 1er sept. 2011, n° 8, p. 4.
- RUBELLIN P., L'assureur doit verser au débiteur la valeur de rachat de l'assurance-vie, LEDEN, 15 janv. 2013, p. 4 et s.
- RUBELLIN P., Ne pas demander une procédure volontaire est-il constitutif d'une faute de gestion ?, BJE, 1 mars 2013, n°2, p. 74.
- ROUSSEL GALLE Ph., Le rétablissement professionnel : de l'effacement des dettes au rebond À propos de l'ordonnance du 12 mars 2014, Gaz. Pal., 8 avr. 2014, n° 98,
- SAGAUT J.-F., « Le logement après le décès », AJ Famille 2008, p. 368.
- SAINT-ALARY-HOUIN C. et MERCIER J.-L., « L'application du droit des entreprises en difficulté à l'EIRL », spéc. n° 17, Gaz. Pal. 19 mai 2011, p. 36, I5586.
- SAINT-ALARY-HOUIN C., EIRL et procédures collectives, Dr. et patr., avril 2011, p. 63.
- SAINTOURENS B., L'EIRL, Rev. sociétés, 2010, p. 351.
- SAINTOURENS B., Ouverture des procédures : mise aux normes constitutionnelles et nouveautés procédurales, Rev. proc. coll. 2014, dossier 16, n° 10 et s.
- SALATI O., Modifications apportées au dispositif d'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel par la loi du 4 août 2008 : Procédures 2008, p. 2.
- SALVAT O., La saisie-attribution d'une somme d'argent indisponible, LPA, n° 78, 19 avr. 2001, p. 4 et s.
- SAWADOGO F.-M., La question de la saisissabilité ou de l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques en droit OHADA (A propos de l'arrêt de la CCJA du 7 juillet 2005, Affaire Aziablévi YOVO et autres contre Société TOGO Télécom), www.OHADADA.com/ohadata D-07-16.
- SAYAG, Etude publiée en 1981 dans le cadre du Centre de recherche sur le droit des affaires (Creda) de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris (CCIP).
- SCHILLER S., L'EIRL et les créanciers, Dr. et patr. n° 202, avril 2011, p. 60.
- SCHUTZ R.-N., L'inaliénabilité, Rép. dr. civ., D., n° 68 et s.
- SENECHAL M., Le patrimoine affecté à l'épreuve du droit des procédures collectives, Dr. et patr. 2010, n° 191, p. 89 s., spéc. p. 93.
- SIMLER Ph., DELEBECQUE P., JCP, 1998, E, chron., p. 1638.
- SIMLER Ph., EIRL et communauté de biens entre époux, JCP G, 2011, p. 4.
- SIMLER Ph., EIRL et communauté entre époux, JCP G, 2011, n° 4, p. 11 et s.
- SOH M., Insaisissabilités et immunités d'exécution dans la législation OHADA ou le passe-droit de ne pas payer ses dettes, Juridis Périodique n°51-2002, pp.89 et s.
- SOUHAMI J., Changement de régime matrimonial : le droit des contrats protège-t-il l'intérêt de la famille ? Rec. Dalloz 2013 p. 2088.
- STORCK M., L'exécution sur les biens des époux, LPA, 12 janv. 2000, n° 8, p. 12.

- TANDEAU S., Réflexions générales d'un praticien, Dr. et patr., avr. 2010, p. 82.
- TERRE F., Les nouvelles formes de l'entreprise », Gaz. pal. 19 mai 2011, p. 7, I5643.
- THERY Ph., L'accès au crédit de l'EIRL : garantir et exécuter, Defrénois, 2011, n° 6, art. 93216.
- THERY Ph., L'après jugement, aspects sociologiques, in Archives phil. droit, t. 39, p. 259, n° 20.
- THOMAT-RAYNAUD A.-L. et PELIZZA L., Protection des biens personnels et droits des créanciers de l'entrepreneur individuel : vers quel équilibre ? : Rev. Lamy dr. aff. 2010/50, n° 2921 et 2922.
- VALLANSAN J., L'EIRL en difficulté, Rev. Proc. Coll., 2011, étude 2.
- VALLANSAN J., La volonté d'affectation des droits et des biens par l'EIRL, CDE 2011-3, mai-juin, dossier 14, p. 20.
- VASSEUR M., Le principe de l'égalité entre créanciers chirographaires dans la faillite, thèse Paris, 1947, éd. Rousseau, p. 17 et s.
- VAUVILLÉ F., La procédure collective de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, premières vues sur l'ordonnance du 9 décembre 2010, Defrénois, 30 janvier 2011 n° 2, p. 137 et s.
- VAUVILLE F., Commentaire de la loi du 15 juin 2010 relative à l'EIRL, Defrénois, 15 septembre 2010 n° 15, p. 1649.
- VAUVILLE F., La déclaration d'insaisissabilité, Defrénois, 15 oct. 2003, n° 19, p. 1197 et s.
- VAUVILLE F., Les droits au logement du conjoint survivant, Defrénois 2002, art. 37608, p. 1286.
- VIGUIER D., La protection du patrimoine personnel du chef d'entreprise (la déclaration d'insaisissabilité), op. cit. p. 175-176.
- VIGUIER D., La protection du patrimoine personnel du chef d'entreprise (la déclaration d'insaisissabilité), D. 2009, p. 175-176.
- WACOGNE M., Communauté conjugale, l'article 1415 du Code civil et la protection du patrimoine de l'entrepreneur individuel, JCP N, 12 Juin 1998, p. 930 et s.
- WAGNER V., La clause d'inaliénabilité dans les donations et les legs, RTD civ., 1907, p. 311.
- WILLIATE-PELLITERI L., L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel résultant de la loi du 1er août 2003 : La boîte de pandore du monde des affaires, LPA, 9 août 2004, n° 158, p. 3 et s.
- ZENATI F., Copropriété et droits réels, RTD civ., 1995, p. 151.

JURISPRUDENCE

- **ABITBOL** note sous Cass. 1er civ., 24 mars 1971, D. 1972, p. 360.
- **AGOSTINI M.** obs. sous Civ. 1re, 14 fév. 1995 et Civ. 1re, 18 juillet 1995, D. 1996, p. 391 et s.
- **AMELI** note sous Cass. 1er civ., 16 juin 1992, n° 91-10. 931, rev. crit. DIP 1993. 34.
- **BEIGNIER B.** obs. sous Cass. 1er civ. 1re, 12 juill. 2001, n° 99-14.082, Dr. fam. 2001, n° 101.
- **BEIGNIER B.** note sous Cass. com., 9 nov. 2004, n° 02-18.617, Dr. famille 2005, n° 15.
- **BEIGNIER B.** obs. sous Cass. 1re civ., 11 janv. 2000, n° 97-19.136 Dr. fam., 2000, n° 26.

- **BEIGNIER B.** obs. sous Cass. 1re civ., 8 déc. 1998, n° 96-15.110, Bull. civ. I, n° 351, Dr. fam., 1999, comm. 31.
- **BEIGNIER B.** note sous Cass. 1re, civ. 18 nov. 1997, Bull. civ. I, n° 315, Dr. fam., 1998, n° 77.
- **BELAVAL M.-L.** obs. sous Cass. com. 26 juin 2007, n° 06-20.820 D. 2764.
- **BENABENT A.** obs. sous Cass. 1er civ., 17 février 1998, Dr. et patr., 1998, 1970.
- **BIGOT** note sous CA, Toulouse, 24 oct. 1995, JCP, 1996, II, n° 22595.
- **BLONDEAU** concl. sous Cass. 1er civ., 23 avril 1969, D. 1969, II, p. 341.
- **BOURDILLAT J.-J.** note sous Cass. 2e civ., 6 juill. 2000, n° 98-20.286, Bull. civ. II, n° 119, Dr. et procéd. 2001, p. 41.
- **BOUITIE L.** note sous Cass. 2e civ., 18 oct. 2001, n° 00-12.369, Bull. civ. I, n° 159, JCP G 2001, II, n° 10144.
- **BRENNER C.** note sous Cass. 2e civ., 18 oct. 2001, n° 00-12.369, Dr. et procéd. 2002, p. 118.
- **BRENNER C.** obs. sous Cass. 2e civ, 18 janv. 2007, n° 06-10.598, Gaz. Pal. 2007, somm ; p. 3444.
- **BRETON A.** note sous Cass. 1re civ., 22 oct. 1985, n° 84-11.468, Bull. civ. I, n° 267, D. 1986, jur., p. 241.
- **CABRILLAC M.** note sous Orléans, 15 mai 2008, JCP E 2009, n° 1, p. 1008.
- **CABRILLAC M.** obs. sous Cass. 1re civ., 29 mai 2001, n° 99-15.776, Bull. civ. I, n° 150, JCP G 2001, I, n° 360, n° 4.
- **CABRILLAC M.** obs. sous Cass. com., 4 février 1997, D. 1997, somm., p. 261.
- **CABRILLAC M.** obs. sous Cass. com., 4 janv. 2000, n° 96-16.205, RJDA, n° 453, JCP G 2001, I, n° 360, n° 4.
- **CASEY J.** obs. sous Cass. 1re civ., 25 mai 2004, n° 02-12.268, RJPF-2004-7•8/36.
- Cass. 1er civ., 17 février 1998, Gaz. du Palais du 20-22 décembre 1998, p. 28, J.C.P. 1998, IV, 1786 ;
- **CAYOL A.** obs. sous Cass. 1re civ., 19 mars 2014, no 13-14.989, Dalloz actualité 10 avr. 2014.
- **CHAMPENOIS G.** note sous Cass. 1re civ., 20 nov. 1985, n° 84-13.940, Bull. civ. I, n° 313, Defrénois 1986, art. 33700, p. 472, n° 40.
- **CHAMPENOIS G.** obs. sous Cass. 1er civ. 1re, 12 juill. 2001, n° 99-14.082, Defrénois 2001. 1133.
- **CHAMPENOIS G.** obs. sous Cass. 1re civ., 17 déc. 2002, JCP G 2003, IV, n° 1285, Defrénois 2003, p. 1003.
- **CHAMPENOIS G.** obs. sous Cass. 1re civ., 25 juin 1980, n° 79-12.149, Defrénois 1981, p. 468.
- **CHAMPENOIS G.** obs. sous Cass. 1er civ., 12 juill. 2001, Defrénois 2001. 1133.
- **CHAMPENOIS G.** obs. sous Cass. 1er civ., 7 novembre 1995, Rép. Def. 1996. 409.
- **CHARTIER Y.** note sous Cass. 1re civ., 21 juin 1978, n° 77-10.330, Bull. civ. I, n° 237, D. 1979, jur., p. 479.

- **CHARTIER Y.** note sous Cass. 1re civ., 4 juill. 1978, n° 76-15.253, Bull. civ. I, n° 265, D. 1979, jur., p. 479.
- **CHARTIER Y.** note sous Cass. 3e civ., 12 oct. 1977, n° 76-12.482, Bull. civ. III, n° 345, D. 1978, jur., p. 333.
- **CUNIBERTI G.** note sous Cass. 2e civ., 30 janv. 2002, Sté Crédit Suisse Hottinger c/ Katsanis, JCP, 2003, éd. E.
- **DELLICI J.-M.** note sous Cass. 1re civ., 4 nov. 2003, n° 99-13.965, RD banc. 2004, p. 35.
- **DELLICI J.-M.** obs. sous Cass. 1re civ., 14 oct. 1999, nos 97-19.502 et 97-20.012, RD bancaire et bourse 2000, n° 25.
- **DORSMAN G.-B.** note sous Cass. 1er civ., 12 juillet 1994, Dalloz 1994, p. 117.
- **GALLOIS-COCHET D.** note sous Cass. com., n° 10-15482, 28 juin 2011 EDCO, 1 sept. 2011, n° 8, p. 7.
- **GARCON** note sous CA, Paris 10 sept. 1993, 15e chron. B, JCP N, p. 213.
- **GOURIO A.** note sous T. com, Paris, 20 mars 2000, JCP, éd. E, 2001, p. 1464.
- **GRANIER A.** chron. n° 2508 sous Cass. com. 15 juin 1999, n° 97-13.576, Dr. et pat., 2000, n° 79.
- **GRIMALDI M.** obs. sous Cass. 1re civ., 15 juin 1994, n° 92-12.139, D. 1995, som., p. 40.
- **GRIMALDI M.** obs. sous Cass. 1re civ., 9 févr. 1994, n° 92-11.111, D. 1995, som., p. 51.
- **GRIMALDI M.** obs. Sous Cass. 1er civ., 11 avril 1995, Bull. civ. I, n° 165 ; D. 1995 somm. 327.
- **GRIMALDI M.** obs. sous Cass. 1er civ., 11 avril 1995, D. 1995, somm. 327.
- **HAUSER J.** obs. sous Cass. 1er civ., 17 février 1998, RTD. Civ. 1998, 659.
- **HAUSER J.** obs. sous Cass. 1^{re} civ. 8 fév. 2000, RTD civ. 2000, p. 812.
- **HENRY L.-C.** obs. sous Cass. Com., 13 mars 2012, n° 10-27087 Rev. Des sociétés 2012, p. 394.
- **HILT P.** obs. sous Cass. 1er civ., 29 mai 2013, n° 12-10.027, AJ fam. 2013. 453.
- **HOONAKKER Ph.** note sous Cass. 1re civ., 4 nov. 2003, n° 99-13.965, Dr. et procéd. 2004, jur., p. 104.
- **ISSA-SAYEGH J.** obs. sous CA Ouagadougou, ord. réf. n°29/00, 18-5-2000 : Kondé Salif c/ Pascale Berta, www.OHADADA.com, Ohadata J-02-54.
- **JUDE**, obs. sous Cass. 1er civ., 12 juill. 2001, JCP N 2002. 1235.
- **LABBOUZ J.-C.** note sous Cass. 1re civ., 4 juill. 1978, n° 76-15.253, JCP G 1980, II, n° 19368.
- **LAITHIER Y.-M.** obs. sous Cass. 1er civ., 31 oct. 2007, RDC 2008/1.
- **LE CORRE P.-M.** note sous Cass. Com., 13 mars 2012, n° 10-27087 D. 2012, p. 2202.
- **LE GUIDEC R.** obs. sous Cass. 1re civ., 15 juin 1994, n° 92-12.139, JCP G 1995, I, n° 3876.
- **LE GUIDEC R.** obs. sous Cass. 1re civ., 9 févr. 1994, n° 92-11.111, JCP éd. G 1995, I, n° 3876, n° 10.
- **LEBORGNE A.** note sous Cass. 1re civ., 15 juin 1994, n° 92-12.139, Bull. civ. I, n° 211, D. 1995, jur., p. 342.

- **LEBORGNE A.** note sous Cass. 1re civ., 15 juin 1994, n° 92-12.139, D. 1994, jur., p. 342.
- **LEFORT C.** note sous Cass. 2e civ, 18 janv. 2007, n° 06-10.598, Bull. civ. II, n° 14, Dr. et proc. 2007, p. 217.
- **LEGRAND V.** note sous Cass. Com., 13 mars 2012, n° 10-27087, 13 mars 2012, LPA, 3 mai 2012, p. 5.
- **LEGRAND V.** obs. sous Cass. com. 13 mars 2012, n° 11-15438, LPA 3 mai 2012.
- **LIBCHABER R.** note sous Cass. 1re civ., 19 mars 2008, n° 07-12.300, Bull. civ. I, n° 89, Defrénois 2008, art. 38795.
- **LIBCHABER R.** obs. sous Cass. 1re civ., 25 mai 2004, n° 02-12.268, Bull. civ. I, n° 149, Defrénois 2004, art. 38035, p. 1397.
- **LIENHARD A.** obs. sous Cass. com. 26 juin 2007, n° 06-20.820, Bull. civ. IV, n° 177 ; D. 2007. 1864.
- **LIENHARD A.** obs. sous Cass. Com., 8 oct. 2003, D. 2003, p. 2637.
- **LIENHARD A.** obs. sous Cass. com., 9 nov. 2004, n° 02-18.617, Bull. civ. IV, n° 191, D. 2004, p. 3068.
- **LOISEAU G.** obs. sous Cass. 1re civ., 11 janv. 2000, n° 97-19.136 JCP G 2000, I, n° 215, n° 19.
- **LUCAS F.-X.** note sous Cass. com. 23 avr. 2013, n° 12-16035, Bull. Joly Ent. Diff., 3 juin 2013, p. 1.
- **LUCAS F.-X.** note sous Cass. com., 9 nov. 2004, n° 02-18.617, LPA 13 avr. 2005.
- **LUCAS F.-X.** note sous Cass. com., n° 10-15482, 28 juin 2011, Bull. Joly Ent. Diff., 5 juill. 2011, n° 7, p. 1.
- **LUCAS F.-X.** obs. sous Aix en Provence, 3 déc. 2009, LEDEN 2010, n° 1, p. 3.
- **LUCAS F.-X.** obs. sous Cass. com. 26 juin 2007, n° 06-20.820 D. 2008. 570.
- **LUCET et VAREILLE** obs. sous Cass. 1er civ., 3 octobre 1990, RTD. Civ. 91, 584.
- **LUCET F.** note sous Cass. 1re civ., 10 juill. 1990, n° 87-16.773, Defrénois 1991, art. 34978, p. 272.
- **LUCET F.** note sous Cass. 1re civ., 10 juill. 1990, n° 87-16.773, Bull. civ. I, n° 192, Defrénois 1991, art. 34978.
- **MARTIN D.** obs. sous Cass. 1re civ., 25 juin 1980, n° 79-12.149, Bull. civ. I, n° 198, D. 1981, I.R., p. 90.
- **MESA R.** obs. sous Cass. 1er civ., 29 mai 2013, n° 12-10.027, Dalloz actualité, 21 juin 2013.
- **MESTRE J. et FAGES B.** obs. sous Cass. 1re civ., 11 janv. 2000, n° 97-19.136 RTD civ. 2000, p. 332.
- **MESTRE J. et FAGES B.** obs. sous Cass. 1re civ., 29 mai 2001, n° 99-15.776, RTD civ. 2001, p. 882.
- **MONSERIE-BON H. et GROSCLAUDE L.** obs. sous Cass. 1re civ., 4 nov. 2003, n° 99-13.965, RTD com. 2004, p. 115.
- **NERSON R.** obs. sous Cass. 1re civ., 21 juin 1978, n° 77-10.330, RTD civ. 1979, p. 585.
- **NERSON R.** obs. sous Cass. 1re civ., 4 juill. 1978, n° 76-15.253, RTD civ. 1979, p. 585.

- **NERSON R.** obs. sous Cass. 3e civ., 12 oct. 1977, n° 76-12.482, RTD civ. 1979, p. 584.
- **PATARIN J.** obs. sous Cass. 1er civ., 15 juin 1994, RTD civ. 2000. 383.
- **PATARIN J.** obs. sous Cass. 1re civ. 8 fév. 2000, Bull. civ. I, no 43, RTD civ. 2000, p. 383.
- **PATARIN J.** obs. sous Cass. 1re civ., 10 juill. 1990, n° 87-16.773, RTD civ., 1991, p. 580.
- **PATARIN J.** obs. sous Cass. 1re civ., 10 juill. 1990, n° 87-16.773, RTD civ. 1991, p. 580.
- **PATARIN J.** obs. sous Cass. 1re civ., 11 janv. 2000, n° 97-19.136 RTD civ. 2000, p. 381.
- **PATARIN J.** obs. sous Cass. 1re civ., 15 juin 1994, n° 92-12.139, RTD civ. 1995, p. 666.
- **PATARIN J.** obs. sous Cass. 1re civ., 20 juill. 1982, n° 81-13.192, Bull. civ. I, n° 267; RTD civ., 1983, p. 376.
- **PATARIN J.** obs. sous Cass. 1re civ., 20 nov. 1985, n° 84-13.940, RTD civ., 1986, p. 620.
- **PATARIN J.** obs. sous Cass. 1re civ., 25 juin 1980, n° 79-12.149, RTD civ. 1981, p. 671.
- **PATARIN J.** obs. sous Cass. 1re civ., 29 mai 2001, n° 99-15.776, RTD civ. 2001, p. 644.
- **PATARIN J.** obs. sous Cass. 1re civ., 8 déc. 1998, n° 96-15.110, RTD civ., 2000, p. 148.
- **PATARIN J.** obs. sous Cass. 1re civ., 9 oct. 1985, n° 84-13.306, Bull. civ. I, n° 198, RTD civ. 1986, p. 622.
- **PERDRIAU A. et DERRIDA F.** note sous Cass. com. 11 déc. 2001, n° 99-10.238, NPT ; D. 2002. 2523.
- **PERINET-MARQUET H.** obs. sous Cass. 1re civ., 19 mars 2014, no 13-14.989, JCP G 2014, no 15, 467, n° 5.
- **PERROT R.** obs. sous Cass. 1er civ., 15 juill. 1999 ; RTD civ. 2002. 150.
- **PERROT R.** obs. sous Cass. 3e civ., 2 nov. 1983, TRD civ. 1984. 174.
- **PERROT R.** obs. sous Cass. 1re civ., 14 oct. 1999, nos 97-19.502 et 97-20.012, RTD civ. 2000, p. 169.
- **PERRUCHOT-TRIBOULET** obs. sous Cass. 1er civ., 31 oct. 2007, RDLC 2008/50 n° 3041.
- **PERRUCHOT-TRIBOULET** obs. sous Cass. 1re civ., 19 mars 2008, n° 07-12.300, RLDC 2008/53, n° 3167.
- **PEZZELLA V.** obs. sous CA. Lyon, Ch. civ. 1, 11 décembre 2012, n° 2012/029476, BACALy, Bull. n° 3, janv. 2013-juin 2013.
- **PIEDELIEVRE S.** note sous Cass. 1er civ., 7 novembre 1995 : Bull. civ. I, n° 395 ; D. 1996. 451.
- **PIEDELIEVRE S.** obs. sous Cass. 1er civ., 11 avril 1995, D. 1996, somm. 204.
- **PLANCKEEL F.** note sous Cass. 1re civ., 11 janv. 2000, n° 97-19.136, Bull. civ. I, n° 3, D. 2000, jur., p. 877.
- **PONSARD A.** note sous Cass. 1re civ., 8 janv. 1975, n° 73-11.648, Bull. civ. I, n° 8, Defrénois 1975, art. 30907, p. 524.
- **REMERY J. P.** rapp. sous Cass. com. 25 oct. 1994, RGAT, 1995, p. 149.
- **REJET T.** obs. sous Cass. 1er civ., 31 oct. 2007, RTD civ. 2008, p. 126.
- **ROBERT** obs. sous Cass. 1er civ., 7 novembre 1995, D. 1997. Somm. 21.

- **ROUSSEL GALLE Ph.** obs. sous Cass. com. 13 mars 2012, n° 11-15438, Dr. et proc. mai 2012, p. 5, n° 4.
- **SALVAGE Ph.** note sous Cass. 1re civ., 10 juill. 1990, n° 87-16.773, Bull. civ. I, n° 192, JCP N 1991, II, p. 197.
- **SAVATIER X.** note sous Cass. 1re civ., 15 juin 1994, n° 92-12.139, Defrénois 1995, art. 35967, p. 51.
- **SAVATIER X.** note sous Cass. 1re civ., 15 juin 1994, n° 92-12.139, Bull. civ. I, n° 211, Defrénois 1995, n° 35967, p. 51.
- **SIMLER Ph.** obs. sous Cass. 1er civ., 11 avril 1995, J.C.P. 1995, I, 3869, n° 9.
- **SIMLER Ph.** note sous Cass. 1er civ., 3 octobre 1990, JCP N, 91, II, p. 57.
- **SIMLER Ph.** note sous Cass. 1re civ., 25 févr. 1986, n° 84-17.631, JCP éd. G 1986, II, n° 20702.
- **SIMLER Ph.** note sous Cass. 1re civ., 5 nov. 1985, n° 83-16.738, Bull. civ. I, n° 285, JCP N 1986, II, p. 247.
- **SOINNE** note sous TGI, Limoges, 7 février 1991, Rev. proc. coll. 1991, 480.
- **SOUSTELLE Ph.** note sous Cass. 1re civ., 14 oct. 1999, nos 97-19.502 et 97-20.012, Bull. civ. I, n° 157, D. 2000, jur., p. 754.
- **STORCK M.** obs. sous CA Bordeaux, 24 mai 1993, JCP éd. G 1994, I, n° 3785.
- **STORCK M.** obs. sous CA Riom, 22 sept. 1994, JCP G 1995, I, n° 3869, n° 15.
- **STORCK M.** obs. sous Cass. 1re civ., 13 oct. 1992, n° 91-11.590, JCP éd. G 1993, I, n° 3656, n° 13.
- **STORCK M.** obs. sous Cass. 2e civ., 6 nov. 1996, nos 93-21.391 et 94-10.285, JCP éd. G 1997, I, n° 4047, n° 24.
- **STORCK M.** obs. sous Cass. 1er civ., 7 novembre 1995, J.C.P. 1995. I. 3908, n° 16.
- **TAORMINA G.** note sous Cass. 1re civ., 4 nov. 2003, n° 99-13.965, Bull. civ. I, n° 222, D. 2004, p. 521.
- **TATU P.** concl. sous Cass. 2e civ., 19 mai 1998, n° 96-13.238, Bull. civ. II, n° 161, D. 1998, jur., p. 405.
- **THERON chron.** sous Cass. com. 13 mars 2012, n° 11-15438 BJE juill. 2012, p. 254 et s., n° 128 ;
- **THERY Ph.** obs. sous Cass. 1re civ., 4 nov. 2003, n° 99-13.965, Defrénois 2004, art. 37946, n° 46, p. 727.
- **THIERRY** rapp. sous Cass. 1re civ., 9 févr. 1994, n° 92-11.111, D. 1994, jur., p. 417.
- **THOMAT-RAYNAUD A.-L.** note sous Cass. 1er civ., 31 oct. 2007, Bull. civ. I, n° 337, D. 2008, p. 963.
- **THUILLIER H.** note sous Cass. 1re civ., 8 janv. 1975, n° 73-11.648, JCP G 1976, II, n° 18420.
- **VAREILLE B.** obs sous CA Bordeaux, 24 mai 1993, RTD civ. 1994, p. 931.
- **VAREILLE B.** obs. sous Cass. 1er civ. 1re, 12 juill. 2001, n° 99-14.082, RTD civ. 2002. 133.
- **VAREILLE B.** obs. sous Cass. 1er civ., 12 juill. 2001, RTD civ. 2002. 133.

- **VAREILLE B.** obs. sous Cass. 1er civ., 7 novembre 1995, RTD. Civ. 1997. 211.
- **VAUVILLE F.** obs. sous ass. 1er civ., 14 avr. 2010, RJPF 9/28.
- **VAUVILLE F.** obs. sous Cass. 1er civ. 1re, 12 juill. 2001, n° 99-14.082, RJPF 2002-1/31.
- **WIEDERKEHR G.** obs. sous Cass. 1er civ. 1re, 12 juill. 2001, n° 99-14.082, JCP 2002. I. 103, n° 8.
- **WIEDERKEHR** obs. sous Cass. 1er civ., 12 juill. 2001: JCP 2002. I. 103, n° 8.
- **ZENATI F.** obs. sous Cass. 1er civ., 7 novembre 1995, R.T.D. Civ. 1998. 139.
- **ZENATI F.** obs. sous Cass. 1re civ., 10 juill. 1990, n° 87-16.773, RTD civ., 1991, p. 141.
- **ZENATI F.** obs. sous Cass. 1re civ., 10 juill. 1990, n° 87-16.773, RTD civ. 1991, p. 141.
- **ZENATI F.** obs. sous Cass. 1re civ., 15 juin 1994, n° 92-12.139, RTD civ. 1995, p. 919.
- **ZENATI R.** obs. sous Cass. 1er civ., 10 juill. 1990, Bull. civ. I, n° 192 ; RTD civ. 1991.141.

TEXTES ET LOIS

A- RAPPORT

- Rapport 1993 présenté par C. Vignon.
- Rapport Agence pour la création d'entreprises (APCE) de 1996, établi par MM. Peyramaure et Barthélémy.
- Rapport AN, n° 2298, p. 26.
- rapport annuel de la Cour de cassation, 2011.
- Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janv. 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie, JORF n° 0026 du 31 janv. 2009, p. 1851.
- Rapport Conseil économique et social de 1993 sur l'entreprise individuelle, présenté par J. Barthélémy.
- Rapport établi en 1996 par le sénateur P. Marini, sur la modernisation du droit des sociétés ;
- Rapport Sénat n° 362, 2009-2010, p.40.
- Réponse ministérielle n° 85332 JO de l'Assemblée nationale du 20 juin 2006, p. 6639.
- Enquête sur la complexité des sources transnationales dans l'espace OHADA, Ohadata D10-53, www.OHADA.com.
- Rapport Champaud à la demande du garde des Sceaux, février 1978.
- Rapport établi en février 1984 par Me J.-D. Bredin à la demande du ministre du Commerce et de l'Artisanat.
- Rapport CCIP oct. 1984, qui se prononçait à son tour en faveur du patrimoine d'affectation.

B- DECRET

- Décr. n° 69-763, 24 juill. 1969.
- Décr. n° 92-680, 20 juill. 1992.
- Décr. n° 67-868, 2 oct. 1967.
- Décr. n° 69-1057, 20 nov. 1969.
- Décr. n° 69-1274, 31 déc. 1969.
- Décr. du 5 novembre 1979 fixant le statuts des notaires du Sénégal.
- Décr. n° 79-1029, 5 nov. 1979.

- Décr. n° 92-1448 du 30 déc. 1992.
- Décr. n° 92-1448, 30 déc. 1992.
- Décr. n° 93-78, 13 janv. 1993.
- Décr. camerounais, n° 94/197/PM du 9 mai 1994 relatif aux retenus sur salaire.

C- LOIS

- Loi du 12 juill. 1909 sur la constitution du bien de famille.
- Loi du 15 juill. 1991.
- Loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique dite « Loi Dutreuil ».
- Loi n° 71-526 du 3 juill. 1971 relative aux clauses d'inaliénabilité contenues dans une donation ou un testament.
- Loi n° 99-587, 12 juill. 1999, sur l'innovation et la recherche.
- Loi n° 91-650, 9 juill. 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.
- Loi du 28 avril 1816, art. 91, Loi du 28 avril 1816 sur les finances, modifiée par l'art. 32.
- Loi du 28 avril 1816, modifiée par la loi n° 2011-94 du 25 janvier 2011 portant réforme de la représentation devant les cours d'appel, JORF n°0021 du 26 janvier 2011 p. 1544.
- Loi n° 73-05, 2 janv. 1973 sur le paiement direct des pensions alimentaires.
- Loi du 23 déc. 1985 a modifié le régime de la communauté.
- Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs.
- Loi n° 88-1202 du 30 décembre 1988 relative à l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social.
- Loi n° 94-1, 3 janv. 1994, instituant la société par actions simplifiée.
- L. n° 94-126, 11 févr. 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, JCP N 1994, III, 66681.
- Loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat.
- Loi n°98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, abrogée par l'ordon. n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie Législative du code de commerce.
- Loi n° 2004-1485 du 30 décembre 2004 de finances rectificative pour 2004.
- Ordonnance n° 2006-346 du 26 mars 2006.
- Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.
- Loi du 19 février 2007.
- Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection judiciaire des majeurs.
- Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.
- Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures.
- Compte-rendu des débats du Sénat en date du 8 avril 2010 sur le projet de l'EIRL.
- Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'EIRL.
- Loi n°2011-94 du 25 janvier 2011 portant réforme de la représentation devant les cours d'appel.

- Loi n° 07-2011 du 22 février 2011 portant transformation des permis d'habiter et titres similaires en titres fonciers.
- Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles.
- Ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.
- Loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises.
- Traité OHADA, signé à Port-Louis le 17 octobre 1993, il est entré en vigueur le 18 septembre 1995 et a été révisé au Québec le 17 octobre 2008.

INDEX

A

- Affectation fiduciaire
 - Créanciers antérieurs, 301 et s.
 - Créanciers postérieurs, 284
 - Droit de l'OHADA, 441 et s.
 - Fraude, 331 et s.
 - Inopposabilité, 303 et s.
 - Opposabilité, 263, 277
 - Patrimoine fiduciaire, 310
 - Procédures collectives, 216
 - Champ d'application, 201 et s.
 - Consentement du conjoint, 204
 - Contenu, 203
 - Créanciers de l'entrepreneur individuel, 215, 217
 - Patrimoine fiduciaire, 206
 - Bénéficiaires, 217
- Affectation patrimoniale
 - Biens indivis, 246, 339
 - Champ d'application, 219 et s.
 - Consécration, 220, 230 et s.
 - Consentement du conjoint, 244
 - Créanciers antérieurs, 271, 307, 308
 - Créanciers personnels, 273, 312, 313, 324
 - Créanciers postérieurs, 295 et s.
 - Droit de gage des créanciers, 271 et s.
 - Inopposabilité, 307 et s., 339

- Opposabilité, 260 et s., 276
- Patrimoine professionnel, 312
- Renonciation, 319 et s., 431, 432

- Assurance-vie
 - Droit de rachat, 131 et s.
 - Insaisissabilité, 131 et s.

B

- Biens
 - Contestations, 77 et s.
 - Indivision, 159, 254 et s.
 - Patrimoine d'affectation, 240 et s.
 - Propriété, 64 et s., 159, 187 et s., 399 et s.
- Biens communs
 - Cautonnement ou emprunt, 163 et s.
 - Déclaration notariée d'insaisissabilité, 190 et s.
 - Saisissabilité, 164

C

- Changement de régime matrimonial
 - Créanciers antérieurs, 265 et s., 274
 - Créanciers postérieurs, 298
 - Droit de l'OHADA, 269
 - Fraude, 336 et s.
 - Homologation, 267
 - Opposabilité, 265 et s.

Tiers, 268
Clause d'
Inaliénabilité, 120 et s.
Insaisissabilité, 115 et s.
Accroissement, 135 et s.

Créanciers
Droit de gage, 140, 141
Égalité, 45 et s.
Fiduciaires, 221 et s.
Hypothécaires, 60
Indivision, 159
Privilégiés, 55 et s.

D

Déclaration notariée d'insaisissabilité
Opposabilité, 119
Biens concernés, 186 et s.
Cession, 293, 294
Champ d'application, 174 et s.
Créances concernées, 193 et s.
Créances mixtes, 194, 195
Créanciers professionnels, 291 et s.
Opposabilité, 288 et s.
Renonciation, 315 et s.
Validité, 288, 377 et s.
Fraude, 332

Droit de gage général
Indivisibilité, 28 et s.
Limitation, 177, 225, 257 et s., 300
Mise en oeuvre, 48, 49, 60, 63 et s.
Nature, 36 et s.

E

EIRL
Cessation des paiements, 349
Créanciers antérieurs, 264
Fraude, 331, 337
Pluralité de procédures, 366, 367
Procédures collectives, 325, 352
Procédures de surendettement, 363 et s.
Sanctions, 327 et s., 335 et s.
Cessation des paiements, 321
Entrepreneur individuel
Affectation fiduciaire, 200 et s.
Affectation patrimoniale, 219 et s.
Cessation des paiements, 369
Conjoint, 164 et s., 298, 299
Consentement du conjoint, 171, 172
Créanciers fiduciaires, 310, 311
Déclaration notariée d'insaisissabilité, 173 et s.
EPRL, 224
EURL, 225
Procédures collectives, 342 et s.
Protection, 142 et s., 181
Protection du logement familial, 170 et s.
Régimes matrimoniaux, 149 et s.
Risque entrepreneurial, 222
Transfert fiduciaire de sommes d'argent, 207 et s.
232
Créanciers personnels, 50 et s.
Créanciers professionnels, 50 et s.

Entreprise individuelle
Définition, 1 et s.
Évolution, 3 et s.

F

Fiducie
Convention de mise à disposition, 271, 375, 405

I

Insaisissabilité
Biens de subsistance, 111
Droit de l'OHADA, 112, 142
Effets de commerce, 107
Indisponibilité, 91 et s.
Intérêt collectif, 108, 109
Intérêt général, 106
légale, 105
Matériel professionnel, 102
Offices ministériels, 109
Parts sociales, 109
Revenus de subsistance, 113

P

Patrimoine
indivisibilité, 28 et s.
Unité, 33 et s., 140
Patrimoine d'affectation
Biens affectés, 235 et s.
Contenu, 234 et s.
Patrimoine fiduciaire
Créanciers de l'entrepreneur individuel, 373 et s.
Procédures collectives
Affectation fiduciaire, 439, 440
Affectation patrimoniale, 415 et s.
Biens communs, 383 et s.
Biens indivis, 387 et s.
Cession, 406
Contrats en cours, 353, 454
Créanciers fiduciaires, 375, 405 et s.
Créanciers personnels, 360, 363 et s.
Créanciers professionnels, 359, 361 et s.
Déclaration notariée d'insaisissabilité, 381 et s., 412
et s.,
EIRL, 346 et s.
Liquidation judiciaire, 385
Mandat ad hoc, 446 et s.
Patrimoine d'affectation, 384, 421 et s.
Patrimoine fiduciaire, 369 et s., 403 et s.
Pluralité de patrimoine, 424
Pluralités de procédures, 354 et s.
Procédure de conciliation, 448, 450
Procédure de rétablissement professionnel, 456 et s.
Procédure de sauvegarde, 453 et s.
Régimes communautaires, 395 et s.
Régimes matrimoniaux, 382 et s., 395 et s.
Régimes séparatistes, 388, 398 et s.
Règlement préventif, 450, 451
Suspension des poursuites individuelles, 412
Unité de patrimoine, 423
Unité de procédure, 347 et s.

Unité du patrimoine, 388
Procédures de surendettement
patrimoine personnel, 363, 364
Patrimoine professionnel, 365, 421 et s.

R

Régimes matrimoniaux
Biens communs, 153 et s, 155, 163 et s.
Communauté réduite aux acquêts, 154
Régimes séparatistes, 145, 149 et s., 443, 444
Séparation des biens, 156, 158
Biens communs, 190 et s.
Créanciers postérieurs, 298, 299

S

Saisie
Biens communs, 83 et s.
Biens indivis, 88, 89
Biens utilisés en usufruit, 68
Droit de rétention, 76
Entrepreneur individuel, 65 et s.
Immobilière, 77 et s.
Mobilière, 77
Saisie conservatoire, 93
Saisie vente, 92 et s.
Saisie-attribution, 92, 93
Tiers, 70 et s.

*****.

TABLE DES MATIERES

Sommaire.....	10
LISTE DES ABREVIATIONS.....	11
INTRODUCTION.....	15
PARTIE I. LA PROTECTION DE L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL AU REGARD DES DROITS DES CREANCIERS	28
TITRE I. LES FONDEMENTS DE L'UTILITE DE LA PROTECTION DE L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL A L'EGARD DES CREANCIERS	30
Chapitre I. La détermination du droit de gage général des créanciers	32
Section I. L'étendue du droit de gage général des créanciers.....	34
§ 1. L'indivisibilité du droit de gage général des créanciers.....	34
A. L'indivisibilité, un moyen de responsabilisation du patrimoine de l'entrepreneur individuel	34
B. L'indivisibilité, un corollaire de l'unité du patrimoine	37
§ 2. la nature du droit de gage général des créanciers	39
A. Les controverses doctrinales sur la nature du droit de gage général des créanciers	39
1. La nature réelle du droit de gage général.....	39
2. La nature personnelle du droit de gage général.....	41
B. La recherche de la véritable nature du droit de gage général des créanciers	43
Section II. L'égalité des créanciers sur le patrimoine de l'entrepreneur individuel	45
§ 1. Une égalité affirmée	45
A. L'indivisibilité du droit de gage comme fondement de l'égalité des créanciers.....	45
B. L'absence de distinction entre les créanciers dans la mise en œuvre du droit de gage.....	47
§ 2. Une égalité rompue	49
A. La rupture d'égalité entre créanciers chirographaires et créanciers privilégiés	49
B. La rupture de l'égalité entre les créanciers par le cantonnement de leurs poursuites	51
Chapitre II. La mise en œuvre du droit de gage général des créanciers.....	54
Section I. Les conditions de mise en œuvre du droit de gage des créanciers.....	56
§ 1. La propriété des biens contenus dans le patrimoine de l'entrepreneur individuel.....	56
A. La propriété exclusive des biens saisissables à l'entrepreneur individuel	56
1. La présomption de propriété des biens détenus par l'entrepreneur individuel.....	56
a. La saisie entre les mains de l'entrepreneur individuel.....	56
b. La saisie entre les mains d'un tiers	58
2. La contestation de la présomption de propriété des biens détenus par l'entrepreneur individuel	60
B. La propriété non exclusive des biens saisissables de l'entrepreneur individuel	62
1. La saisissabilité des biens communs	63
2. La saisissabilité des biens indivis	65
§ 2. La disponibilité des biens contenus dans le patrimoine de l'entrepreneur individuel	66
A. La disponibilité contrariée par l'existence d'une saisie antérieure	66
1. L'indisponibilité résultant d'une procédure de saisie individuelle.....	66
2. L'indisponibilité résultant d'une procédure de traitement des difficultés de l'entrepreneur individuel	69
B. L'indisponibilité des biens à caractère personnel	70
1. Les biens indisponibles pouvant être saisis.....	70
2. L'indisponibilité des biens ne pouvant être saisis	71
Section II. Les exceptions au droit de gage général des créanciers.....	74
§ 1. Les insaisissabilités d'origine légale.....	74
A. L'insaisissabilité édictée en vertu de la protection de l'intérêt général.....	74
1. L'insaisissabilité des effets de commerce	75
2. L'insaisissabilité des biens nécessaires à l'intérêt collectif	75
B. L'insaisissabilité édictée en vertu de l'intérêt personnel	78

1. Les biens indispensables à la subsistance de l'entrepreneur individuel.....	78
2. Les revenus indispensables à la subsistance de l'entrepreneur individuel.....	79
§ 2. Les insaisissabilités d'origine volontaire.....	81
A. L'insaisissabilité résultant de la volonté d'un tiers.....	81
1. La clause d'insaisissabilité insérée dans un contrat.....	81
2. La clause d'inaliénabilité insérée dans un contrat.....	83
a. L'étendue de la clause d'inaliénabilité.....	83
b. Les limites de la clause d'inaliénabilité.....	84
B. L'insaisissabilité résultant de la volonté de l'entrepreneur individuel.....	87
1. L'insaisissabilité du contrat d'assurance-vie.....	87
a. L'insaisissabilité des sommes placées dans un contrat d'assurance-vie.....	87
b. L'impossibilité pour le créancier d'exercer le droit de rachat à la place de l'entrepreneur individuel.....	89
2. L'insaisissabilité des biens affectés d'une clause d'accroissement.....	91
a. L'analyse de la clause d'accroissement.....	91
b. L'efficacité de la clause d'accroissement.....	92
Conclusion du Titre I:.....	94
TITRE II. L'EFFECTIVITE DE LA PROTECTION DE L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL A L'EGARD DES CREANCIERS.....	95
Chapitre I. La protection de l'entrepreneur individuel par la soustraction de certains biens au gage des créanciers.....	98
Section I. La soustraction de certains biens au gage des créanciers par le jeu des régimes matrimoniaux.....	100
§ 1. La préservation de l'intégrité du patrimoine conjugal par le choix des régimes séparatistes.....	100
A. Les raisons de l'isolement du patrimoine de chacun des époux par les régimes séparatistes.....	101
B. Les effets de l'isolement du patrimoine de chacun des époux par les régimes séparatistes.....	104
§ 2. La soustraction des biens communs aux risques de l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel.....	109
A. La soustraction des biens communs au gage des créanciers sans le consentement du conjoint de l'entrepreneur individuel.....	109
B. La protection particulière du logement familial.....	113
Section II. La soustraction de certains biens au gage des créanciers par la déclaration d'insaisissabilité.....	116
§ 1. Le champ d'application de la déclaration d'insaisissabilité.....	116
A. La déclaration d'insaisissabilité en droit français.....	116
B. La déclaration d'insaisissabilité en droit de l'OHADA.....	118
1. Un mécanisme inexistant en droit de l'OHADA.....	118
2. Un mécanisme souhaitable en droit de l'OHADA.....	119
§ 2. La portée de la déclaration d'insaisissabilité.....	121
A. Les biens concernés par la déclaration d'insaisissabilité.....	121
1. Les biens appartenant exclusivement à l'entrepreneur individuel.....	121
2. Les biens n'appartenant pas exclusivement à l'entrepreneur individuel.....	123
B. Les créances concernées par la déclaration d'insaisissabilité.....	124
1. Les difficultés soulevées par les créances mixtes.....	124
2. Les créances exclues du champ d'application de la déclaration d'insaisissabilité.....	126
Chapitre II. La protection de l'entrepreneur individuel par l'affectation de certains biens au gage des créanciers.....	128
Section I. L'affectation fiduciaire de certains biens au gage des créanciers.....	130
§ 1. La consécration de l'affectation fiduciaire.....	130
A. L'affectation fiduciaire en droit français.....	130
B. L'affectation fiduciaire en droit de l'OHADA.....	132

§ 2. La portée de l'affectation fiduciaire	135
A. La portée de l'affectation fiduciaire à l'égard des créanciers des parties	135
1. La portée de l'affectation fiduciaire à l'égard des créanciers du fiduciaire.....	135
2. La portée de l'affectation fiduciaire à l'égard des créanciers de l'entrepreneur individuel.....	136
B. La portée de l'affectation fiduciaire à l'égard des créanciers bénéficiaires	138
Section II. L'affectation patrimoniale de certains biens au gage des créanciers.....	140
§ 1. La consécration du patrimoine d'affectation	140
A. Fondements de la consécration du patrimoine d'affectation en droit français	140
1. Le cantonnement du risque entrepreneurial.....	140
2. L'efficacité relative des mécanismes existants	141
B. Nécessité de la consécration du patrimoine d'affectation en droit de l'OHADA	145
§ 2. La composition du patrimoine d'affectation.....	148
A. Les modalités de l'affectation patrimoniale.....	149
1. L'affectation obligatoire.....	149
2. L'affectation facultative.....	150
B. Le contenu de l'affectation patrimoniale	151
1. La nature des éléments affectés	151
2. La titularité des éléments affectés.....	153
Conclusion du Titre II :.....	155
Conclusion de la Partie I :	156
PARTIE II. L'EFFICACITE DE LA PROTECTION DE L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL AU REGARD	
DES DROITS DES CREANCIERS	157
TITRE I. L'EFFICACITE DE LA PROTECTION PAR LA LIMITATION DES DROITS DES	
CREANCIERS DE L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL IN BONIS	159
Chapitre I. La limitation des droits des créanciers par les mécanismes de protection de	
l'entrepreneur individuel	161
Section I. La limitation des droits des créanciers par les mécanismes de protection.....	163
§ 1. Une limitation conditionnée	163
A. Les conditions	163
1. Les conditions d'opposabilité de l'affectation patrimoniale.....	163
a. L'information préalable des créanciers.....	163
b. Le droit d'opposition des créanciers antérieurs à la déclaration d'affectation.....	164
2. Les conditions d'opposabilité du changement de régime matrimonial.....	166
B. Les effets	170
1. Les effets de l'affectation patrimoniale à l'égard des créanciers antérieurs	170
2. Les effets du changement de régime matrimonial à l'égard des créanciers antérieurs.....	172
§ 2. Une limitation de plein droit en l'absence d'opposition	173
A. Une limitation des droits des créanciers antérieurs à défaut d'opposition.....	173
B. Une limitation de plein droit par l'affectation fiduciaire	174
Section II. La limitation des droits des créanciers postérieurs par les mécanismes de protection.....	177
§ 1. La soustraction de certains biens au gage des créanciers postérieurs.....	177
A. La soustraction du patrimoine fiduciaire au gage des créanciers postérieurs	177
B. La soustraction conditionnée des biens déclarés insaisissables au gage des créanciers	
postérieurs	178
1. Les conditions d'opposabilité de la déclaration d'insaisissabilité aux créanciers antérieurs.....	178
2. Les effets de l'opposabilité de la déclaration d'insaisissabilité aux créanciers postérieurs	180
a. Les effets à l'égard des créanciers.....	180
b. Les effets en cas de cession du bien déclaré insaisissable.....	181
§ 2. Le cantonnement des droits des créanciers postérieurs	183
A. Le cantonnement par l'affectation patrimoniale	183
B. Le cantonnement des droits des créanciers par le jeu des régimes matrimoniaux.....	185

Chapitre II. L'efficacité de la limitation des droits des créanciers par les mécanismes de protection.....	186
Section I. Une efficacité limitée	188
§ 1. L'inopposabilité des mécanismes de protection à l'égard de certains créanciers de l'entrepreneur individuel.....	188
A. L'inopposabilité de l'affectation fiduciaire aux créanciers titulaires d'un droit de suite.....	188
B. L'inopposabilité de l'affectation patrimoniale aux créanciers dont l'opposition est admise	190
§ 2. L'extension du droit de gage de certains créanciers au-delà des mécanismes de protection.....	191
A. L'extension du gage des créanciers fiduciaires sur le patrimoine de l'entrepreneur individuel.....	192
B. L'extension du gage des créanciers personnels sur le patrimoine affecté.....	194
Section II. Une efficacité remise en cause.....	196
§ 1. La remise en cause de l'efficacité des mécanismes de protection par la renonciation	196
A. La remise en cause de l'efficacité de la déclaration d'insaisissabilité.....	196
B. La remise en cause de l'efficacité de l'affectation patrimoniale.....	198
1. La renonciation à l'affectation patrimoniale	198
a. La renonciation à l'égard de tous les créanciers.....	198
b. La renonciation à l'égard de certains créanciers	199
2. Le décloisonnement de l'affectation patrimoniale par la constitution de garanties sur le patrimoine non affecté	200
§ 2. La remise en cause de l'efficacité de la protection par le manquement aux obligations inhérentes aux mécanismes	201
A. L'appréciation des manquements	201
1. La violation des obligations inhérentes aux mécanismes	201
2. La fraude aux droits des créanciers	203
B. La sanction des manquements de l'EIRL.....	205
1. Les sanctions visant tout le patrimoine de l'EIRL.....	205
2. Les sanctions visant certains biens de l'EIRL	207
Conclusion Titre I :	208
TITRE II. L'EFFICACITE DE LA PROTECTION PAR LA LIMITATION DES DROITS DES CREANCIERS DE L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL EN DIFFICULTE.....	209
Chapitre I. L'efficacité recherchée	211
Section I. Le cantonnement des droits des créanciers en cas de difficultés de l'entrepreneur individuel	213
§ 1. Le cantonnement des droits des créanciers de l'EIRL.....	213
A. Le cantonnement des droits des créanciers en cas de difficultés partielles de l'EIRL	213
1. Le cantonnement de la procédure au patrimoine affecté	213
2. La possibilité d'une pluralité de procédures	220
B. Le cantonnement des droits des créanciers en cas de difficultés généralisées de l'EIRL	222
1. L'application distributive des procédures de traitement des difficultés	222
a. La soumission des créanciers professionnels à la procédure collective	223
b. La soumission des créanciers personnels à la procédure de surendettement.....	225
2. L'interaction des procédures de traitement des difficultés.....	229
§ 2. Le cantonnement des droits des créanciers par l'affectation fiduciaire	229
A. L'exclusion du patrimoine fiduciaire de l'assiette de la procédure collective	230
B. Les droits des créanciers de l'entrepreneur individuel sur le patrimoine fiduciaire	232
Section II. La soustraction de certains biens au gage des créanciers en cas de difficultés de l'entrepreneur individuel	235
§ 1. La soustraction des biens déclarés insaisissables de l'assiette de la procédure collective.....	235
A. La validité de la déclaration d'insaisissabilité	235

B. L'efficacité de la déclaration d'insaisissabilité.....	237
§ 2. La soustraction du patrimoine conjugal de l'assiette de la procédure collective par l'adoption d'un régime séparatiste.....	238
A. Le sort des biens communs dans la procédure collective.....	239
B. Le sort des biens indivis dans la procédure collective.....	241
Chapitre II. L'efficacité relative des mécanismes de protection en cas de difficultés de l'entrepreneur individuel.....	246
Section I. L'efficacité relative des mécanismes de protection.....	248
§ 1. L'efficacité relative des mécanismes de droit commun.....	248
A. Une efficacité biaisée par la fragilité de la protection issue des régimes matrimoniaux.....	248
1. Une protection illusoire dans les régimes communautaires.....	248
2. Une protection relative dans les régimes séparatistes.....	249
B. Une efficacité biaisée par les lacunes de l'affectation fiduciaire.....	254
1. La paralysie de l'affectation fiduciaire.....	254
2. La réalisation de l'affectation fiduciaire.....	256
§ 2. L'efficacité relative des mécanismes spécifiques à l'entrepreneur individuel.....	257
A. La problématique de l'efficacité de la déclaration d'insaisissabilité.....	257
B. L'incertitude sur l'efficacité de l'affectation patrimoniale.....	259
1. La fragilité de l'affectation patrimoniale face à la procédure collective.....	259
2. La complexité de l'affectation patrimoniale face à la procédure collective.....	263
Section II. La nécessité du renforcement des mécanismes de protection.....	266
§ 1. Le renforcement des mécanismes de protection.....	266
A. Le renforcement des mécanismes spécifiques à l'entrepreneur individuel.....	266
1. Le renforcement du mécanisme de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée.....	266
a. Le renforcement de l'étanchéité de la séparation patrimoniale.....	266
b. L'encadrement de la faculté de renonciation.....	267
2. Le renforcement de l'efficacité de la déclaration d'insaisissabilité.....	268
B. L'utilisation des mécanismes de droit commun pour une protection efficace de l'entrepreneur individuel.....	269
1. Le renforcement du mécanisme de la fiducie.....	269
a. Le renforcement de l'efficacité de la fiducie en droit français.....	269
b. L'extension du champ d'application de la fiducie en droit de l'OHADA.....	271
2. La prise en compte de l'efficacité de la protection du patrimoine conjugal par le jeu des régimes matrimoniaux.....	272
§ 2. La possibilité d'instrumentalisation des procédures de traitement des difficultés.....	272
A. L'utilisation des procédures de prévention comme alternative aux mécanismes de protection.....	273
B. Le recours aux procédures de traitement des difficultés comme alternative aux mécanismes de protection.....	278
1. Le recours à la procédure de sauvegarde.....	278
2. Le recours à la procédure de rétablissement professionnel.....	283
Conclusion du Titre II.....	287
Conclusion de la Partie II.....	287
CONCLUSION GENERALE.....	289
BIBLIOGRAPHIE.....	292
OUVRAGES.....	293
Ouvrages généraux.....	293
Ouvrages spéciaux et thèses.....	294
ARTICLES DE DOCTRINE ET CHRONIQUES.....	295
JURISPRUDENCE.....	301

TEXTES ET LOIS	307
INDEX.....	310
TABLE DES MATIERES	313

