

6 Le nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel



Renaud MORTIER,
professeur agrégé de droit privé,
avocat associé, Cabinet FIDAL

À compter du 15 mai 2022, la loi n° 2022-172 du 14 février 2022¹ en faveur de l'activité professionnelle indépendante dote de plein droit tous les entrepreneurs individuels de deux patrimoines distincts, afin de cloisonner les droits de poursuite des créanciers. Ce nouveau statut est très inspiré de celui d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL), mis en extinction par la loi. Il autorise, tout comme l'EIRL, une option pour l'impôt sur les sociétés.

1. Contexte et genèse de la loi n° 2022-172 du 14 février 2022

1 - Le 16 septembre 2021, lors des rencontres de l'Union des entreprises de proximité (U2P), le président de la République avait présenté un « *Plan Indépendants* », visant à « *garantir à chacun des 3 millions d'indépendants qui maillent notre territoire un environnement plus juste, simple et protecteur pour le développement de leur activité* ».

Moins de 5 mois plus tard, grâce à la procédure accélérée², telle un cadeau de Saint-Valentin, la loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante met le projet à exécution.

Ordonnance relative à l'exercice en société des professions libérales réglementées

Ce texte préfigure une réforme des professions libérales, puisque son article 7 habilite le Gouvernement à édicter par ordonnance, dans un délai d'un an à compter de la promulgation de la loi (14 février 2022), avec donc pour date butoir le 14 février 2023, des règles communes aux professions libérales et à leurs structures d'exercice. L'ordonnance en question sera intitulée « *ordonnance relative à l'exercice en société des professions libérales réglementées* ». Elle est actuellement à l'examen devant le Conseil d'État, après que les différents ordres professionnels concernés aient été consultés du 17 mars au 6 avril 2022. Le texte provisoire comprend 128 articles.

NdA : L'auteur remercie la direction technique droit des sociétés du cabinet FIDAL, et tout spécialement sa codirectrice maître Mathilde Dubois pour les nombreux enrichissements apportés.

1. L. n° 2022-172, 14 févr. 2022, en faveur de l'activité professionnelle indépendante : JO 15 févr. 2022.
2. Loi issue d'un projet de loi « en faveur de l'activité professionnelle indépendante » enregistré en procédure accélérée à la présidence du Sénat le 29 septembre 2021.

2. Entrée en vigueur du nouveau dispositif

2 - L'article 19, I de la loi n° 2022-172 du 14 février 2022 pose l'entrée en vigueur du dispositif « *à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la promulgation de la présente loi* », soit à compter du 15 mai 2022.

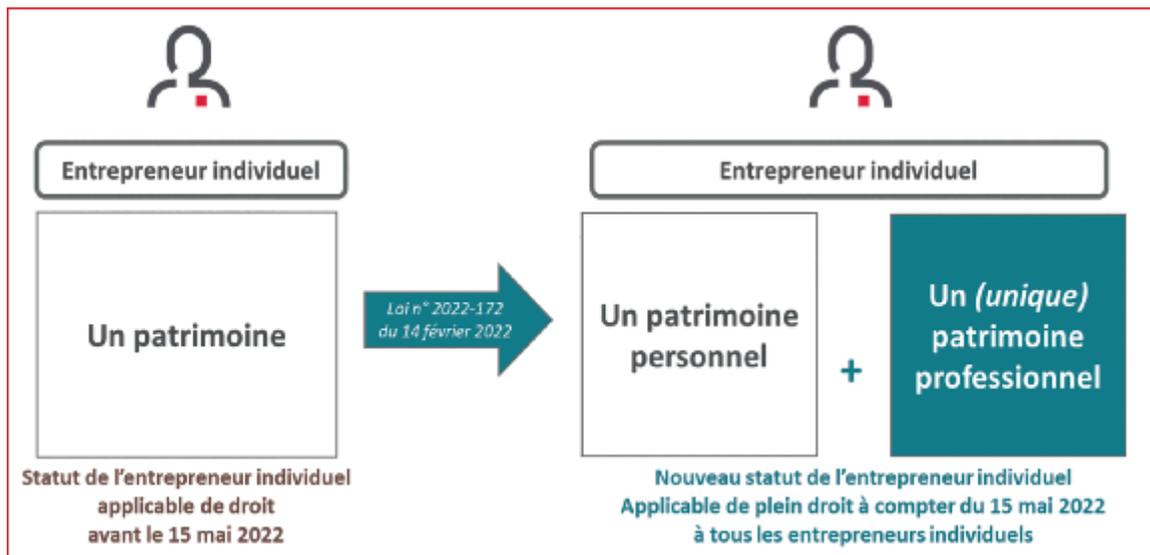
Toutefois, les dispositions relatives à l'extinction de l'EIRL sont d'application immédiate³. En outre, certaines dispositions renvoient pour leur mise en œuvre à un décret en Conseil d'État (à venir).

3. Principaux changements attendus pour les indépendants

3 - Dans l'immédiat, parmi les changements qui attendent les indépendants⁴, l'un s'apparente à une petite révolution : l'institution, à compter du 15 mai 2022, d'un nouveau statut de l'entrepreneur individuel, applicable de plein droit à l'ensemble d'entre eux, afin de les doter d'un second mais unique patrimoine dit « *professionnel* », venant s'ajouter à leur « *patrimoine personnel* », dans le but premier de cantonner à ce patrimoine professionnel le droit de poursuite des créanciers professionnels, et avec l'ambition supplémentaire de permettre la transmission de ce patrimoine à titre onéreux (en vue de la constitution d'une société par exemple) ou encore à titre gratuit.

3. V. *infra*.

4. La loi habilite par ailleurs le Gouvernement à réformer l'artisanat par voie d'ordonnance (art. 8), elle sécurise les parcours et les transitions professionnelles des travailleurs indépendants (art. 11 et 12), renforce la procédure disciplinaire des experts-comptables (art. 13 à 15), et réforme les règles de gestion des personnels des chambres de commerce et d'industrie (art. 16 à 17).



L'article 20 de la loi du 14 février 2022 prévoit qu'un bilan du nouveau statut soit dressé : le Gouvernement « remet[tra] au Parlement, avant le 1^{er} mars 2024, un rapport relatif à l'application du statut de l'entrepreneur individuel [al. 1^{er}] »⁵.

4. Nouvelles dispositions du Code de commerce

4 - À ces fins, la loi modifie le **chapitre VI du titre II du livre V** du Code de commerce. Son intitulé devient : « **De la protection de l'entrepreneur individuel** », et sont ajoutées aux sections préexistantes 1 (« De l'insaisissabilité de la résidence principale ») et 2 (« De l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée ») **deux sections nouvelles 3 et 4** respectivement dénommées « **Du statut de l'entrepreneur individuel** » (« Section 3 ») et « **Du transfert du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel** » (« Section 4 »).

Nous détaillons ci-après le nouveau dispositif issu de ces deux nouvelles sections, après avoir dit un mot de la manière dont le législateur envisage la transition entre le nouveau patrimoine professionnel et l'EIRL, en mettant ce dernier en extinction.

5. Mise en extinction de l'EIRL

A. - Interdiction pour l'avenir de constituer tout EIRL

5 - La loi du 14 février 2022 crée un double patrimoine de plein droit pour la totalité des entrepreneurs individuels de France.

Ce statut est **très inspiré du statut préexistant de l'EIRL** (entrepreneur individuel à responsabilité limitée), institué par la loi du 15 juin 2010. Ce statut, qui créait sur **option** de l'entrepreneur individuel un ou plusieurs patrimoines professionnels affectés et transmissibles, n'a pas connu le succès escompté (moins de 100 000 EIRL en juin 2021).

5. Le même article prévoit que : « Ce rapport fait notamment état des conditions d'accès au crédit des entrepreneurs individuels et propose, le cas échéant, les améliorations législatives nécessaires concernant leurs relations avec les établissements de crédit [al. 2]. Il évalue quantitativement les renoncements accordés par les entrepreneurs individuels, en faveur de leurs créanciers professionnels, au principe de séparation des patrimoines personnel et professionnel ainsi que l'existence de potentiels abus du recours à cette garantie de la part des établissements bancaires [al. 3] ».

Il est en conséquence « **mis en extinction** » par la loi⁶.

L'article L. 526-5-1 du Code de commerce, qui permettait d'opter pour ce statut dès la création de l'entreprise (al. 1) ou en cours d'existence (al. 2) est purement et simplement **abrogé**⁷.

Comme si cela ne suffisait pas, il est précisé qu'« à compter de la publication de la présente loi [15 février 2022], nul ne peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel en application de l'article L. 526-6 du code de commerce [texte définissant l'EIRL et la composition du patrimoine professionnel affecté] »⁸.

Depuis le 15 février 2022, il est donc impossible de créer un EIRL.

B. - Maintien des EIRL préexistants

6 - Pour autant, le statut de l'EIRL n'est abrogé **que pour l'avenir**, et c'est en ce sens qu'il est non pas purement et simplement supprimé mais « **mis en extinction** ».

Autrement dit, les entrepreneurs (moins de 100 000) ayant déjà adopté le statut de l'EIRL **continueront d'exercer sous son régime**, au demeurant assez similaire au régime nouveau.

Afin de ne pas entraver le fonctionnement des EIRL préexistants, la loi pose ainsi que « l'affectation à un patrimoine affecté **déjà constitué** ou le retrait d'éléments de celui-ci **demeurent possibles** ».

Les personnes physiques exerçant leur activité sous le régime de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée à la date de publication de la présente loi demeurent régies par la section 2 du chapitre VI du titre II du livre V du Code de commerce, dans sa rédaction résultant de la présente loi »⁹.

6. Statut de l'entrepreneur individuel

7 - **Définition de « l'entrepreneur individuel »**. – Une nouvelle section 3 est donc désormais entièrement consacrée au « **statut de l'entrepreneur individuel** »¹⁰.

Le nouvel **article L. 526-22** définit l'entrepreneur individuel : « **L'entrepreneur individuel est une personne physique qui exerce**

6. Art. 6 : « De la mise en extinction du statut de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée ».

7. Art. 6, I.

8. Art. 6, II.

9. Art. 6, II.

10. Sect. 3 du chap. VI du titre II du livre V du Code de commerce, intitulée « Du statut de l'entrepreneur individuel ».

en son nom propre une ou plusieurs **activités professionnelles indépendantes** ».

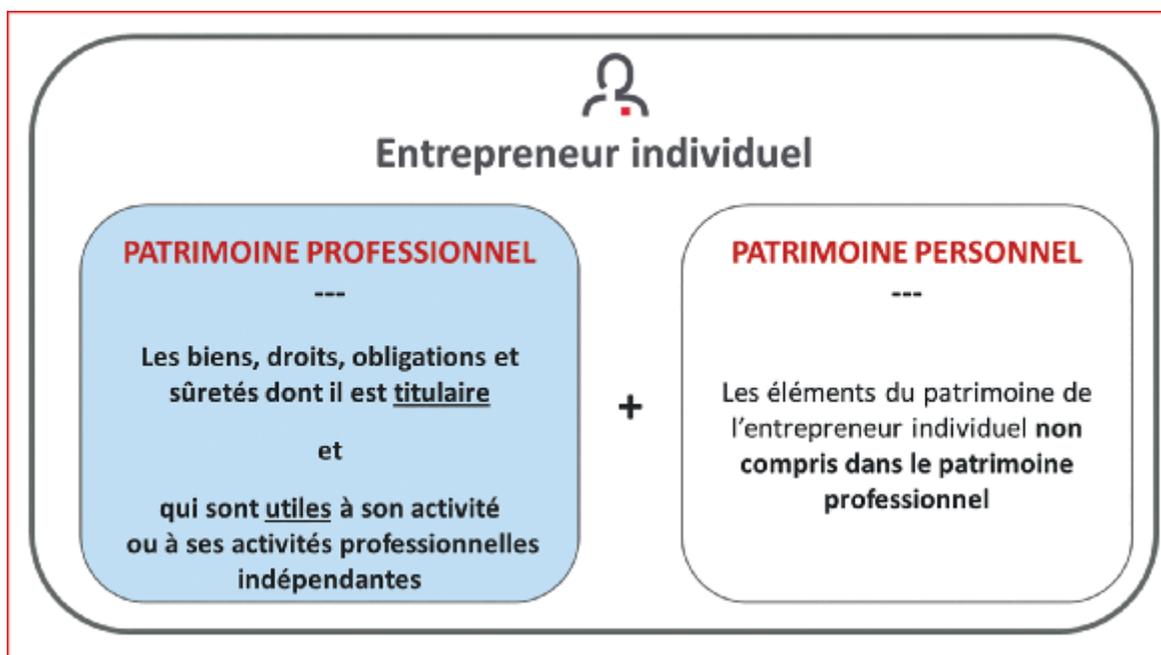
A. - Périmètres du patrimoine professionnel

1° Périmètre matériel du patrimoine professionnel

a) **Éléments constitutifs des patrimoines professionnel et personnel**

8 - L'article L. 526-22 nouveau, alinéa 2 dispose : « **Les biens, droits, obligations et sûretés dont il est titulaire et qui sont utiles**

à son activité ou à ses activités professionnelles indépendantes constituent le patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel. Sous réserve du livre VI du présent code [« Des difficultés des entreprises »], ce patrimoine ne peut être scindé. Les éléments du patrimoine de l'entrepreneur individuel **non compris dans le patrimoine professionnel** constituent son **patrimoine personnel** ».



La formule « **biens, droits, obligations et sûretés** » est reprise des définitions de l'EIRL (C. com., art. L. 526-6, al. 2) et avant elle de la fiducie (C. civ., art. 2011) ¹¹.

L'exigence de **titularité empêche de rattacher au patrimoine professionnel** et ainsi au droit de saisie des créanciers professionnels en découlant un bien qui, pour être **utile à l'activité professionnelle**, ne serait pas la propriété de l'entrepreneur individuel :

- bien **propre ou personnel** au conjoint de l'entrepreneur ;
- bien dont l'entrepreneur est **locataire, usufruitier** (en ce cas seul pourrait être saisi l'usufruit en tant que droit dont serait titulaire l'entrepreneur individuel), ou titulaire d'un **droit réel de jouissance conventionnel**...

Le périmètre du patrimoine professionnel, et par défaut celui du patrimoine personnel, découle du **critère de l'utilité**, c'est-à-dire de l'**affectation matérielle effective** à l'activité professionnelle.

Tout ce qui est utile à l'activité professionnelle intégrera le patrimoine professionnel.

Tout ce qui ne l'est pas fera partie, par défaut, du patrimoine non professionnel, qualifié par la loi de « **patrimoine personnel** ».

Ce système tranche avec le système déclaratif antérieur (C. com., art. L. 526-7) ¹², parfaitement adapté au mécanisme de l'option, mais inapplicable à un statut régissant de plein droit près de 3

millions de personnes que l'on n'aurait pu forcer à identifier et déclarer en moins de 3 mois leurs biens professionnels.

Un seul patrimoine professionnel par entrepreneur individuel doit et peut exister et ce, quel que soit le nombre et la diversité de ses activités professionnelles indépendantes.

Une telle unité du patrimoine professionnel ne peut être remise en cause par voie de scission.

Ce point tranche avec la liberté antérieure de constituer plusieurs EIRL (une par activité professionnelle indépendante distincte) sans limitation de nombre.

C'est ainsi par exemple que le commerçant possédant plusieurs fonds de commerce, ou le commerçant exploitant par ailleurs un fonds agricole, ne pourra constituer un patrimoine par fonds : **tous intégreront un seul et même patrimoine professionnel**, ce qui aura pour conséquence d'une part de mettre tous les créanciers professionnels **en concurrence les uns avec les autres** quelle que soit l'origine de leur créance, et d'autre part **d'interdire de manière fort regrettable que la cession du patrimoine professionnel puisse opérer cession d'une seule activité**.

b) **Preuve des éléments constitutifs**

9 - Le nouveau système, basé sur un simple constat matériel, crée un problème de preuve. Sans surprise, l'**article L. 526-22 nouveau** dispose en son **alinéa 7** : « **La charge de la preuve incombe à l'entrepreneur individuel pour toute contestation de mesures d'exécution forcée ou conservatoires qu'il élève concernant l'inclusion ou non de certains éléments d'actif dans le périmètre du droit de gage général du créancier** ».

11. Issu L. n° 2007-211, 19 févr. 2007.

12. déclaration à un registre professionnel.

2° Périmètre temporel du patrimoine professionnel

a) Apparition du patrimoine professionnel

10 - Le patrimoine professionnel, et ainsi son régime protecteur de cloisonnement des droits de poursuite des créanciers, naît « à compter de l'immatriculation au registre dont relève l'entrepreneur individuel pour son activité, lorsque celle-ci est prévue. Lorsqu'il relève de plusieurs registres, la dérogation prend effet à compter de la date d'immatriculation la plus ancienne. Lorsque la date d'immatriculation est postérieure à la date déclarée du début d'activité, la dérogation prend effet à compter de la date déclarée du début d'activité, dans les conditions prévues par décret en Conseil d'État. À défaut d'obligation d'immatriculation, la dérogation court à compter du premier acte qu'il exerce en qualité d'entrepreneur individuel, cette qualité devant apparaître sur les documents et les correspondances à usage professionnel » (C. com., art. L. 526-23).

L'immatriculation est ainsi conçue comme l'acte fondateur du patrimoine professionnel. Cette immatriculation concerne les commerçants (registre national du commerce et des sociétés : RNCS), les agriculteurs (registre des actifs agricoles : RAA) et les artisans (répertoire des métiers).

Cependant la loi prend en compte le fait que le professionnel indépendant peut débiter son activité et tarder à s'immatriculer : c'est alors la date déclarée du début d'activité qui prévaut. Un décret précisera sous quelles conditions l'exception prévaudra, ce qui évitera tout risque de fraude.

La question de la pluralité de registres est tranchée : la date la plus ancienne est logiquement retenue. La difficulté sera cependant bientôt réglée d'elle-même puisque les différents registres professionnels seront dématérialisés et unifiés à compter du 1^{er} janvier 2023 au sein du registre national des entreprises (RNE)¹³.

Les professionnels non astreints à l'obligation d'immatriculation, c'est-à-dire pour l'essentiel les professionnels libéraux, sont évidemment déliés du principe de fondation du patrimoine par voie d'immatriculation. Pour eux, l'acte fondateur du patrimoine professionnel sera le « premier acte [exercé] en qualité d'entrepreneur individuel », ce qui devrait normalement coïncider avec la déclaration de l'activité auprès de l'URSSAF.

b) Neutralisation de l'incidence potentielle du régime matrimonial

11 - Le législateur n'a pas souhaité se mêler des éventuelles incidences sur le régime matrimonial de l'entrepreneur. La question est sans doute trop complexe, et la loi opte en ce domaine pour une forme de neutralité assumée : « La présente section s'entend sans préjudice des pouvoirs reconnus aux époux pour administrer leurs biens communs et en disposer » (C. com., art. L. 526-26 nouveau).

Il faut en déduire :

- qu'aucune information particulière n'est due à l'époux commun en biens qui verrait un bien commun affecté de plein droit au patrimoine professionnel de son époux.

À titre de comparaison, en matière d'EIRL, l'article L. 526-11 du Code de commerce exige l'accord exprès du conjoint ou des coindivisaires en cas d'affectation au patrimoine professionnel de biens respectivement communs ou indivis.

La différence de régime peut s'expliquer par le fait que l'affectation à l'EIRL résulte d'un acte juridique alors que l'affectation au nouveau patrimoine professionnel est purement factuelle ;

- que le caractère propre, commun, ou plus encore personnel, d'un bien détenu au sein de son patrimoine professionnel par un entrepreneur individuel doit s'apprécier indépendamment de l'intégration dudit bien au sein du patrimoine professionnel.

Il reste qu'en présence d'époux ayant tous les deux le statut d'entrepreneur individuel, un même bien – commun ou indivis – pourra intégrer le patrimoine professionnel de chacun d'entre eux. Ce sera le cas de deux commerçants individuels mariés sous le régime de la communauté et exerçant du chef d'un même fonds de commerce commun. Ce type de bien faisait déjà partie de chacun des deux patrimoines des époux ; il fera partie de chacun de leurs deux patrimoines professionnels.

c) Cessation du patrimoine professionnel

12 - Les causes de cessation du patrimoine professionnel, ayant pour effet que « le patrimoine professionnel et le patrimoine personnel sont réunis », correspondent au cas « où [l']entrepreneur individuel cesse toute activité professionnelle indépendante [ainsi qu'au cas] de décès de [ce même] entrepreneur individuel, sous réserve des articles L. 631-3 [procédure de redressement judiciaire]¹⁴ et L. 640-3 [procédure de liquidation judiciaire]¹⁵ » (C. com., art. L. 526-22, al. 8).

La cessation du patrimoine professionnel en cas de cessation d'activité est parfaitement logique. Les composantes du patrimoine professionnel ne peuvent plus être utiles à une activité qui n'existe plus, or, le critère de l'utilité est ainsi que nous l'avons exposé celui qui fonde l'existence même du patrimoine professionnel.

La cessation du patrimoine professionnel à cause de mort de l'entrepreneur individuel n'était pas en revanche d'une logique implacable.

C'est ainsi qu'en matière d'EIRL, un héritier ou ayant-droit de l'entrepreneur décédé peut reprendre le patrimoine affecté dans les 3 mois du décès de l'entrepreneur individuel (C. com., art. L. 526-16).

Il est regrettable que cette liberté ait été refusée au successeur de l'entrepreneur décédé, alors que le législateur a cependant voulu encourager la cession du patrimoine professionnel à titre onéreux mais également à titre gratuit.

14. C. com., art. L. 631-3, mod. par la loi du 14 février 2022 (en vigueur à compter du 15 mai 2022) : « Il est institué une procédure de redressement judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné aux articles L. 631-2 ou L. 631-3 qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements. Le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements.

Cette condition s'apprécie, s'il y a lieu, pour le seul patrimoine engagé par l'activité ou les activités professionnelles.

La procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Elle donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation et, le cas échéant, à la constitution de classes de parties affectées, conformément aux dispositions des articles L. 626-29 et L. 626-30. La demande prévue au quatrième alinéa de l'article L. 626-29 peut être formée par le débiteur ou l'administrateur judiciaire. »

15. C. com., art. L. 640-3, mod. par la loi du 14 février 2022 (en vigueur à compter du 15 mai 2022) : « La procédure de liquidation judiciaire est également ouverte aux personnes mentionnées au premier alinéa de l'article L. 640-2 après la cessation de leur activité professionnelle, si tout ou partie de leur passif provient de cette dernière.

Lorsqu'une personne exerçant une activité commerciale ou artisanale, un agriculteur ou 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, est décédé alors que le patrimoine engagé par l'activité ou les activités professionnelles était en situation de cessation des paiements, le tribunal peut être saisi, dans le délai d'un an à compter de la date du décès, sur l'assignation d'un créancier, quelle que soit la nature de sa créance, ou sur requête du ministère public. Il peut être saisi sans condition de délai par tout héritier du débiteur. »

13. Prise en application de la loi Pacte du 19 mai 2019, l'ordonnance n° 2021-1189 du 15 septembre 2021 crée au 1^{er} janvier 2023 un registre national dématérialisé des entreprises. Il centralisera les informations économiques et juridiques relatives aux entreprises et à leurs dirigeants et remplacera le registre national du commerce et des sociétés (RNCS), le répertoire des métiers (RM), et le registre des actifs agricoles (RAA).

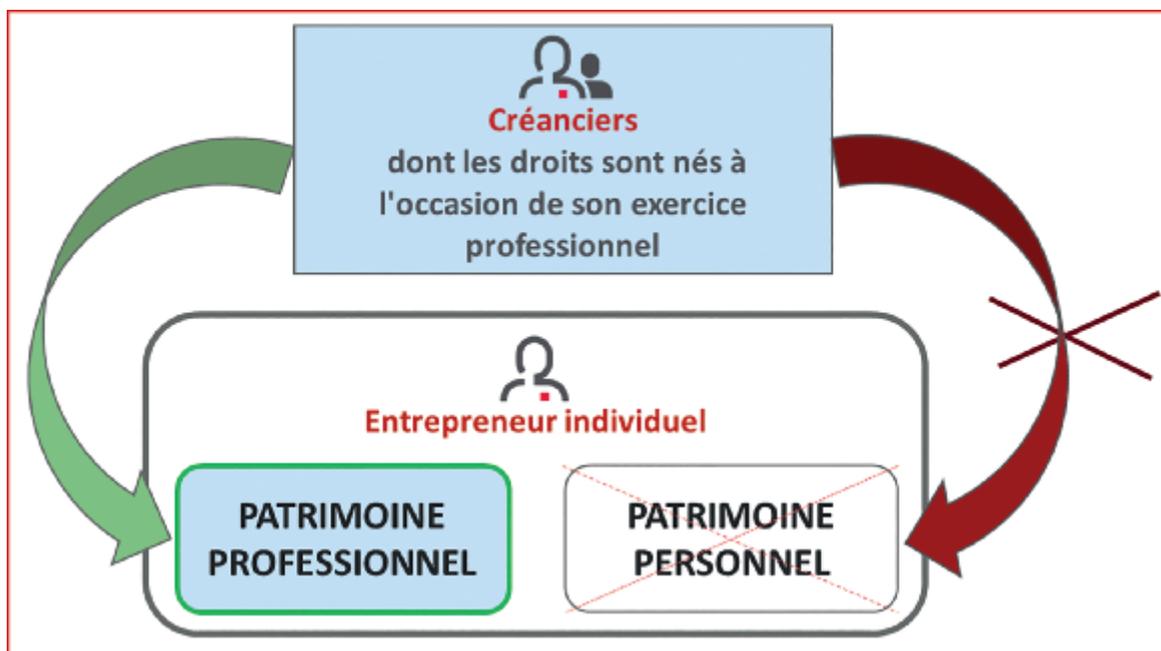
B. - Régime juridique et fiscal du patrimoine professionnel

1° Régime juridique du patrimoine professionnel

a) Cantonnement des créanciers professionnels et dérogations

13 - **Cantonnement des créanciers professionnels au « seul patrimoine professionnel ».** – L'article L. 526-22 nouveau, alinéa 4 dispose que « par dérogation aux articles 2284 et 2285 du code

civil [droit de gage général des créanciers en vertu duquel tout l'actif répond de tout le passif] et sans préjudice des dispositions légales relatives à l'insaisissabilité de certains biens, notamment la section 1 du présent chapitre [insaisissabilité de droit de la résidence principale ; insaisissabilité sur déclaration de tout immeuble non professionnel] et l'article L. 526-7 [EIRL] du présent code, l'entrepreneur individuel n'est tenu de remplir son engagement à l'égard de ses créanciers dont les droits sont nés à l'occasion de son exercice professionnel que sur son seul patrimoine professionnel [...] ».



Le texte cantonne ainsi le droit de saisie des **créanciers professionnels** au **seul patrimoine professionnel**.

Le patrimoine **personnel** est ainsi **insaisissable par ces mêmes créanciers professionnels**, et ainsi mis à l'abri des risques de l'activité professionnelle.

Viennent ainsi s'ajouter, de manière non limitative, à la liste des biens par ailleurs déjà insaisissables par les créanciers professionnels (résidence principale ; tout immeuble non professionnel déclaré à cette fin) tous les immeubles à usage non professionnel non déjà insaisissables, ainsi que tout meuble de l'entrepreneur individuel non utile à son activité professionnelle : sommes inscrites en compte bancaire non professionnel, véhicules personnels, or, bijoux, œuvres d'art...

Le texte définit les **créanciers professionnels**, dont le droit de poursuite est cantonné au seul patrimoine professionnel, comme ceux « dont les droits sont **nés à l'occasion de [l']exercice professionnel** » de son activité par l'entrepreneur individuel.

Dans cette optique, l'**article L. 526-22 nouveau, alinéa 5 du Code de commerce** croit bon de préciser que « les dettes dont l'entrepreneur individuel est redevable envers les organismes de recouvrement des cotisations et contributions sociales sont nées à l'occasion de son exercice professionnel ».

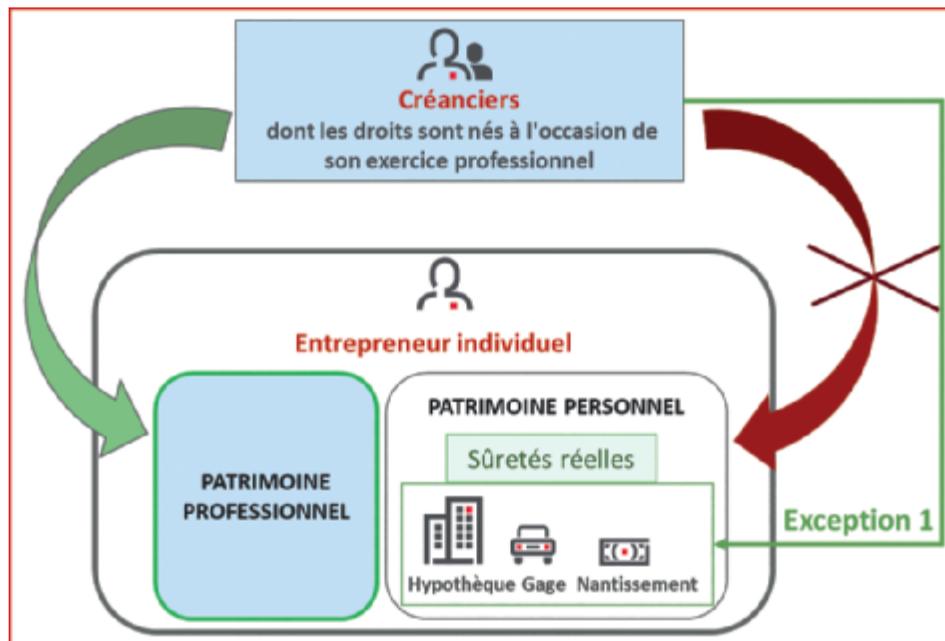
L'**article L. 526-22 nouveau** dispose en son **alinéa 7** que « sans préjudice de l'article L. 121-2 du code des procédures civiles d'exécution, la responsabilité du créancier saisissant peut être

recherchée pour abus de saisie lorsqu'il a procédé à une mesure d'exécution forcée ou conservatoire sur un élément d'actif ne faisant manifestement pas partie de son gage général ».

Ajoutons enfin que l'**article 3 de la loi du 14 février 2022** remplace le **premier alinéa de l'article L. 161-1 du Code des procédures civiles d'exécution** par deux alinéas dont le premier est ainsi rédigé : « Une procédure d'exécution à l'encontre d'un débiteur entrepreneur individuel ne peut porter que sur les biens du patrimoine sur lequel le créancier dispose d'un droit de gage général en vertu de l'article L. 526-22 du code de commerce [nouvel al. 1^{er}] ».

14 - **Dérogation garantissant l'efficacité des sûretés conventionnelles.** – L'article L. 526-22 nouveau, alinéa 4, prévoit cependant *in fine* que la règle posée au début de l'alinéa 4, c'est-à-dire le cantonnement des créanciers professionnels au patrimoine professionnel, s'applique « *sauf sûretés conventionnelles ou renonciation dans les conditions prévues à l'article L. 526-25* ». Le texte permet d'abord à tout créancier professionnel d'exercer ses droits sur un bien personnel de l'entrepreneur individuel dès lors qu'il lui aura été donné en garantie par le biais d'une **sûreté réelle**¹⁶.

16. Hypothèque, gage, nantissement... ; les sûretés personnelles sont par ailleurs prohibées par l'article L. 526-22, alinéa 3 dès lors qu'elles auraient pour effet de déroger à la règle de cantonnement des patrimoines personnel et professionnel : V. *infra*.



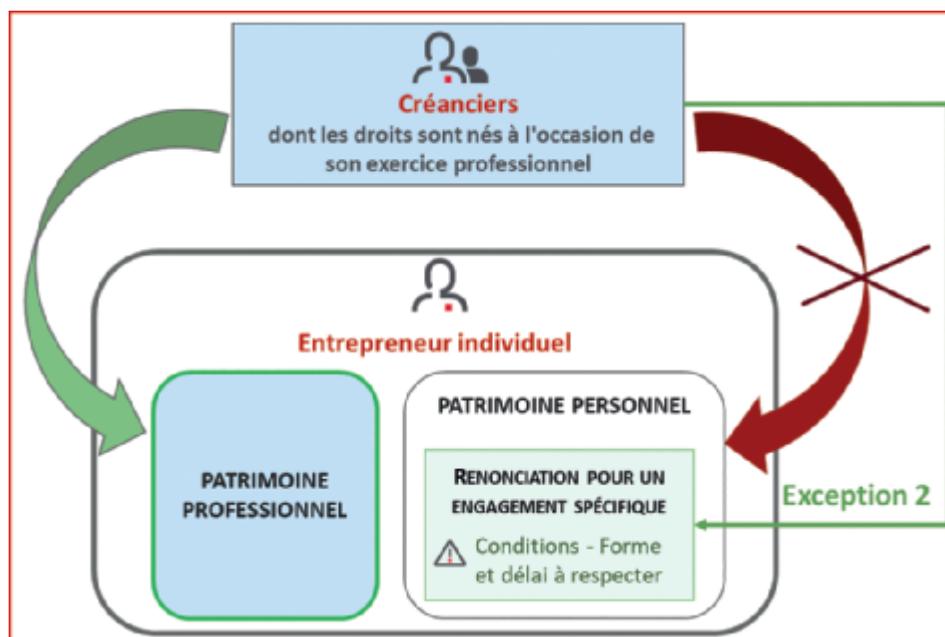
La mesure préserve le crédit du chef d'entreprise, en l'autorisant à donner un bien personnel en garantie d'une dette professionnelle.

15 - **Dérogation au profit d'un créancier par voie de renonciation conventionnelle à la protection légale.** – Dans la même optique, le texte autorise la « *renonciation [au bénéfice du cantonnement des créanciers professionnels] dans les conditions prévues à l'article L. 526-25* ».

Ainsi tout créancier professionnel (l'inverse n'est pas vrai pour les créanciers personnels, au profit desquels il est impossible de renon-

cer au cloisonnement des patrimoines) peut faire purement et simplement sauter le verrou de la protection légale pour peu que leur débiteur entrepreneur individuel y consente, sans pour autant renoncer à ce qu'un ordre dans les poursuites soit suivi¹⁷.

Un résultat équivalent ne saurait être obtenu par le biais d'un auto-cautionnement, l'article L. 526-22 nouveau, alinéa 3 édictant que « *la distinction des patrimoines personnel et professionnel de l'entrepreneur individuel ne l'autorise pas à se porter caution en garantie d'une dette dont il est débiteur principal* ».



17. Signalons que l'article 3 de la loi du 14 février 2022 remplace le premier alinéa de l'article L. 161-1 du Code des procédures civiles d'exécution par deux alinéas dont le second est ainsi rédigé : « *L'entrepreneur individuel qui a renoncé au bénéfice des dispositions du quatrième alinéa du même article*

L. 526-22 dans les conditions prévues à l'article L. 526-25 du même code peut, s'il établit que la valeur des biens qui constituent son patrimoine professionnel est suffisante pour garantir le paiement de la créance, demander au créancier que l'exécution soit en priorité poursuivie sur ces biens ».

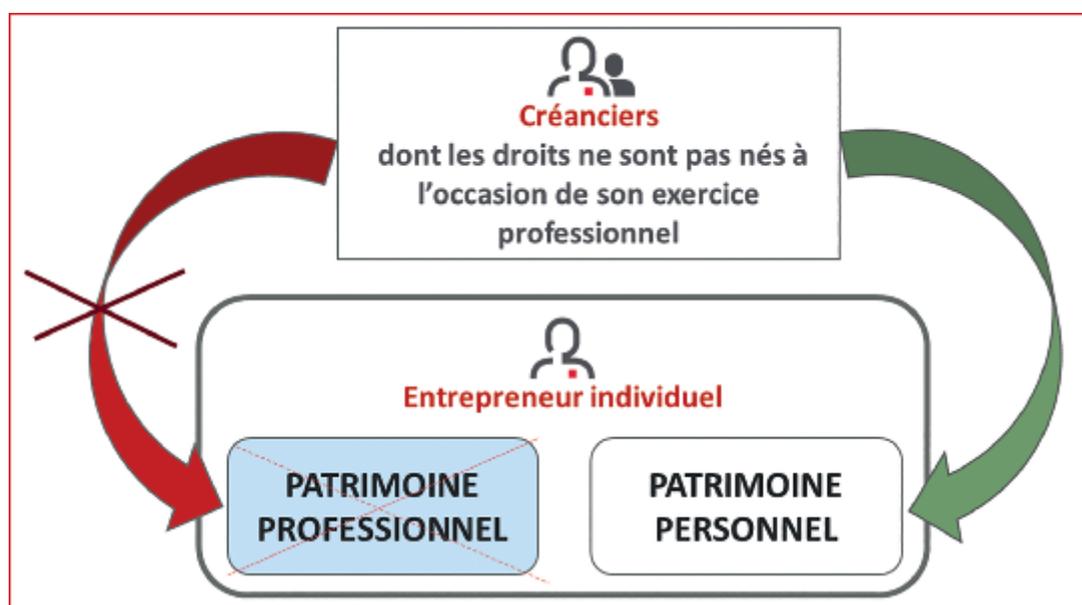
Détaillant le processus de renonciation, l'article L. 526-25 pose : « L'entrepreneur individuel peut, sur demande écrite d'un créancier, renoncer à la dérogation prévue au quatrième alinéa de l'article L. 526-22 [renonciation à la dérogation au droit de gage général des créanciers, cantonnant au seul patrimoine professionnel le droit de saisie des créanciers professionnels], pour un engagement spécifique dont il doit rappeler le terme et le montant, qui doit être déterminé ou déterminable. Cette renonciation doit respecter, à peine de nullité, des formes prescrites par décret [al. 1]. Cette renonciation ne peut intervenir avant l'échéance d'un délai de réflexion de sept jours francs à compter de la réception de la demande de renonciation. Si l'entrepreneur individuel fait précéder sa signature de la mention manuscrite énoncée par décret et

uniquement de celle-ci, le délai de réflexion est réduit à trois jours francs [al. 2] ».

b) Cantonnement des créanciers personnels et dérogations

16 - **Cantonnement des créanciers professionnels au « seul [...] patrimoine personnel ».** – L'article L. 526-22 nouveau, alinéa 6 dispose en sa première phrase que « seul le patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel constitue le gage général des créanciers dont les droits ne sont pas nés à l'occasion de son exercice professionnel ».

Ce principe est l'exact pendant du cantonnement des créanciers professionnels au patrimoine professionnel.



Pareillement, les créanciers personnels ne peuvent par principe saisir que les biens faisant partie du patrimoine personnel, donc non professionnel, de l'entrepreneur individuel. Il semblait difficile de ne pas prévoir une telle règle, sauf à sacrifier les créanciers professionnels en les exposant à la concurrence des créanciers personnels sans aucune réciprocité.

L'article L. 526-22 nouveau dispose en son alinéa 7 que « sans préjudice de l'article L. 121-2 du code des procédures civiles d'exécution, la responsabilité du créancier saisissant peut être recherchée pour abus de saisie lorsqu'il a procédé à une mesure d'exécution forcée ou conservatoire sur un élément d'actif ne faisant manifestement pas partie de son gage général ».

17 - **Prohibition des mécanismes conventionnels dérogatoires.** – Il apparaît que si le législateur a voulu préserver le crédit de l'entrepreneur individuel, en l'autorisant à offrir à ses créanciers professionnels le droit de se payer sur son patrimoine personnel (par voie de renonciation ou de sûretés réelles), le créancier personnel ne nous semble quant à lui pas pouvoir être délié par son débiteur de l'interdiction qui lui est faite de se payer sur son patrimoine professionnel. L'essentiel était de ne pas entraver l'accès au crédit du professionnel, les besoins du particulier en ce domaine apparaissant moins légitimes.

La faculté de renoncer au cantonnement étant prévue au bénéfice des seuls créanciers professionnels¹⁸, l'entrepreneur individuel n'est pas admis à en faire bénéficier les créanciers personnels. Ces derniers ne pourront donc pas être déliés

conventionnellement de leur assignation au seul patrimoine personnel.

L'auto-cautionnement est interdit. Cette interdiction implicite ne pourra pas être contournée par le biais d'une sûreté personnelle.

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

Est ainsi purement et simplement prohibée la pratique de l'auto-cautionnement (et a fortiori tout autre auto-sûreté personnelle). La précision tranche avec l'incertitude demeurant en matière d'EIRL, où il était très discuté de savoir si le caractère personnel de la sûreté pouvait (peut, pour les EIRL subsistant encore) s'accommoder ou non d'une coïncidence entre les qualités de garant et de débiteur garanti (débiteur dit « principal »).

Les sûretés réelles sur biens professionnels au profit de créanciers personnels sont interdites. Il n'est pas prévu au profit des créanciers personnels de règle équivalente à celle posée, par l'article L. 526-22 nouveau, alinéa 4, le cantonnement (des créanciers professionnels au patrimoine professionnel) s'applique « sauf sûretés conventionnelles ».

Dès lors, l'entrepreneur individuel ne saurait selon nous consentir, au profit d'un créancier personnel, une sûreté réelle¹⁹ ayant pour objet de lui donner en garantie un bien professionnel.

L'article L. 526-22 nouveau, alinéa 6 déroge au cantonnement des seuls créanciers personnels en sa deuxième phrase : « Toutefois, si le patrimoine personnel est insuffisant, le droit de gage général des créanciers peut s'exercer sur le patrimoine profession-

12 18. V. paragraphe précédent.

19. Les auto-sûretés personnelles étant par ailleurs expressément interdites ; V. infra.

nel, dans la limite du montant du bénéfice réalisé lors du dernier exercice clos ».

Il semble que le législateur ait craint que l'entrepreneur individuel bénéficiaire ne conserve les bénéfices de son exploitation sur le compte bancaire affecté à son entreprise afin de faire échapper la somme au droit de saisie de ses créanciers personnels.

Que les fonds soient ou non distribués et ainsi virés du compte professionnel de l'entrepreneur individuel vers un compte qui lui est personnel, les créanciers personnels pourront les saisir en cas d'insolvabilité de leur débiteur.

Enfin **la troisième et dernière phrase du même article L. 526-22 nouveau, alinéa 6** précise qu'« en outre, **les sûretés réelles consenties par l'entrepreneur individuel avant le commencement de son activité ou de ses activités professionnelles indépendantes conservent leur effet, quelle que soit leur assiette** ».

La règle **garantit la force obligatoire des sûretés réelles**, en permettant au créancier « universel » bénéficiaire d'une telle sûreté réelle de ne **pas se voir priver de cette garantie** sous prétexte que, devenu rétrospectivement créancier personnel de l'entrepreneur individuel, le bien faisant l'objet de la sûreté devrait lui échapper **pour cause d'affectation au patrimoine professionnel**. Au demeurant, on sait qu'une sûreté réelle peut être consentie par le débiteur lui-même pour garantir ses propres engagements, mais également en vue de garantir les engagements d'un tiers (sûreté réelle pour autrui).

On pourrait d'ailleurs s'étonner que la loi ne vienne garantir l'efficacité que des sûretés réelles, **paraissant délaïsser les sûretés personnelles** (cautionnement, garantie à première demande...). Doit-on comprendre que, par un argument *a contrario*, les **sûretés personnelles consenties avant le commencement de la ou des activités professionnelles** ne conserveraient pas leur assiette et ainsi deviendraient caduques ? **Nous ne le croyons pas, sauf à méconnaître la force obligatoire des contrats**, car précisément, les sûretés personnelles, en ce qu'elles ne visent **aucun bien en particulier**, peuvent naturellement voir leur assiette cantonnée au patrimoine personnel sans pour autant disparaître. **Leur assiette étant alors limitée au seul patrimoine personnel, sans être réduite à néant**, il n'était pas nécessaire que la loi vint les sauver d'un **risque de caducité qu'elles n'encourent aucunement**.

c) Absence de cantonnements de l'administration fiscale et des organismes de sécurité sociale

18 - **Absence exceptionnelle de cantonnements.** – L'article L. 526-24 nouveau, alinéa 1^{er}, 1^{re} phrase du Code de commerce dispose : « Le droit de gage de l'administration fiscale et des organismes de sécurité sociale porte sur l'ensemble des patrimoines professionnel et personnel de l'entrepreneur individuel en cas de **manœuvres frauduleuses ou d'inobservation grave et répétée de ses obligations fiscales** ayant rendu impossible le recouvrement des impositions et pénalités dont il est redevable, dans les conditions prévues aux I et II de l'article L. 273 B du livre des procédures fiscales, ou **d'inobservation grave et répétée dans le recouvrement des cotisations et contributions sociales** ayant rendu impossible le recouvrement des cotisations et contributions sociales et des pénalités et majorations afférentes dont il est redevable, dans les conditions prévues à l'article L. 133-4-7 du code de la sécurité sociale ».

Autrement dit, l'administration fiscale et les organismes de sécurité sociale peuvent exercer leurs droits de gage généraux sans avoir à se préoccuper du caractère personnel ou professionnel du patrimoine de l'entrepreneur contre lequel ils agissent en cas de manœuvres frauduleuses ou d'inobservations graves et répétées aux sens des articles auxquels il est renvoyé.

19 - **Absence systématique de cantonnements.** – La fin du même article prévoit même pour certaines créances fiscales et sociales le **déclassement inconditionnel des patrimoines** au profit de l'administration fiscale et des organismes sociaux.

Ainsi est-il posé : « Le droit de gage de l'administration fiscale porte également sur l'ensemble des patrimoines professionnel et

personnel de l'entrepreneur individuel pour les impositions mentionnées au III de l'article L. 273 B du livre des procédures fiscales » (C. com., art. L. 526-24 nouveau, al. 1^{er}, 2^e phrase).

Pareillement, « le droit de gage des organismes de recouvrement mentionnés aux articles L. 225-1 et L. 752-4 du code de la sécurité sociale porte également sur l'ensemble des patrimoines professionnel et personnel pour les impositions et contributions mentionnées au deuxième alinéa [nouveau] de l'article L. 133-4-7 du même code » (C. com., art. L. 526-24 nouveau, al. 2).

Peuvent ainsi être recouverts librement **l'impôt sur le revenu, les taxes foncières afférentes aux immeubles utiles à l'activité professionnelle**, les prélèvements sociaux, ainsi que la CSG et la CRDS.

2° Régime fiscal du patrimoine professionnel

a) Soumission de plein droit à l'impôt sur le revenu (IR)

20 - Normalement, l'entrepreneur individuel est soumis de plein droit à l'impôt sur le revenu (IR), dans la catégorie des bénéfices industriels et commerciaux (BIC), des bénéfices non commerciaux (BNC) ou des bénéfices agricoles (BA), et selon un régime réel ou forfaitaire (micro) d'imposition, selon le cas.

b) Soumission sur option à l'impôt sur les sociétés (IS)

21 - On sait cependant que dès l'origine, une exception a été instituée en faveur du contribuable ayant choisi le statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EURL), lui permettant d'opter pour l'assujettissement à l'impôt sur les sociétés (CGI, art. 1655 sexies).

À compter du 15 mai 2022 (entrée en vigueur du nouveau statut de l'entrepreneur individuel), l'article 13 de la loi de finances pour 2022²⁰ offre également à l'entrepreneur individuel le **droit d'opter pour l'IS à condition qu'il relève d'un régime réel d'imposition**.

Seront ainsi exclus de l'option l'ensemble des entrepreneurs individuels placés sous un régime micro-BIC, micro-BNC ou micro-BA. Ces derniers devront par conséquent préalablement opter pour un régime réel d'imposition s'ils souhaitent pouvoir opter pour l'assimilation à une EURL et bénéficier *in fine* du régime IS.

L'option à l'IS prendra en effet la forme d'une assimilation sur option à une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) ou à une exploitation agricole à responsabilité limitée (EARL), assimilation emportant de plein droit assujettissement à l'IS de l'exploitation individuelle (CGI, art. 1655 sexies mod.).

L'option sera **irrévocable** mais l'entrepreneur pourra y **renoncer jusqu'au cinquième exercice** suivant celui au titre duquel il l'aura formulée (CGI, art. 239, 1).

L'assujettissement à l'IS autorisera la **déduction** du résultat de l'entreprise de la **rémunération d'activité** versée à l'entrepreneur.

Sous ce régime de l'IS, les bénéfices demeurant dans l'entreprise ne seront pas taxés à l'IR, seuls supportant cet impôt (catégorie des **dividendes**) ceux **appréhendés par l'entrepreneur**.

On notera enfin que l'option IS s'accompagnera du dispositif de différé d'imposition pour les plus-values acquises sur les biens utiles à l'exercice de l'activité professionnelle et issus du patrimoine privé du contribuable (CGI, art. 151 sexies).

7. Transfert du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel

22 - La loi du 14 février 2022 organise la transmission à titre onéreux comme à titre gratuit du nouveau patrimoine professionnel. Un transfert proche avait été, de manière alors parfaitement innovante et révolutionnaire, organisé en matière d'EURL (C. com., art. L. 526-17), inspirant une belle thèse²¹. L'examen du nouveau

20. L. n° 2021-1900, 30 déc. 2021

21. N. Jullian, *La cession de patrimoine*, vol. 174 : Dalloz, 2018.

dispositif révèle cependant d'importantes **failles** qui risquent de **détourner les professionnels** du dispositif²².

A. - Nature et domaine du transfert : un transfert universel (*ut universi*), à titre onéreux ou par voie de donation

23 - L'article L. 526-27 nouveau pose en son premier alinéa que « l'entrepreneur individuel peut céder à titre onéreux, transmettre à titre gratuit entre vifs [sur l'extinction du patrimoine professionnel à cause de mort, v. supra] ou apporter en société l'intégralité de son patrimoine professionnel, sans procéder à la liquidation de celui-ci. Le transfert non intégral d'éléments de ce patrimoine demeure soumis aux conditions légales applicables à la nature dudit transfert et, le cas échéant, à celle du ou des éléments transférés »²³.

Le deuxième alinéa est largement redondant et ne semble rien ajouter que l'on n'aurait pu déduire de la formulation précédente, puisqu'il affirme : « Le transfert universel du patrimoine professionnel emporte cession des droits, biens, obligations et sûretés dont celui-ci est constitué. Il peut être consenti à titre onéreux ou gratuit. Lorsque le bénéficiaire est une société, le transfert des droits, biens et obligations peut revêtir la forme d'un apport ».

On comprend de l'ensemble :

- que le **transfert universel du patrimoine**, dont les effets si ce n'est la définition sont rappelés (absence de liquidation ; transfert du tout), est **autorisé à titre onéreux ou par voie de donation** ;
- qu'un **transfert partiel** du patrimoine **n'est pas un transfert universel** et doit être juridiquement traité comme les transferts *ut singuli* des composantes²⁴ ;
- que le législateur enfin a expressément souligné par deux fois la **faculté d'apporter à une société le patrimoine professionnel**, avec la volonté nettement affichée dès l'origine du projet de **faciliter le passage de l'entrepreneur individuel en entreprise sociétaire**.

B. - Absence de nullité en cas d'inclusion d'éléments stipulés inaliénables dans le patrimoine cédé

24 - Suivant cette logique du transfert universel, l'article L. 526-27 nouveau pose en son alinéa 4 que « dans le cas où le cédant s'est obligé contractuellement à ne pas céder un élément de son patrimoine professionnel ou à ne pas transférer celui-ci à titre universel, l'inexécution de cette obligation engage sa responsabilité sur l'ensemble de ses biens, sans emporter la nullité du transfert ».

Par le terme « responsabilité sur l'ensemble de ses biens », nous comprenons que les biens visés peuvent appartenir tant au patrimoine personnel qu'au patrimoine professionnel.

Autrement dit, le législateur a fait en sorte que l'inaliénabilité contractuelle visant un ou plusieurs éléments du patrimoine profes-

sionnel transféré ne puisse en aucun cas avoir pour conséquence d'annuler le transfert du patrimoine, et se résolve en simples dommages et intérêts.

C. - La question de la nullité du transfert de l'« élément » stipulé inaliénable

25 - La question se pose de savoir si, outre la nullité du transfert universel, est également entravée la nullité du transfert de l'« élément » stipulé inaliénable.

Une réponse positive rendrait inefficaces les clauses d'inaliénabilité : tout bien inaliénable pourrait être cédé avec le patrimoine professionnel dont il ferait partie, sous peine seulement de dommages et intérêts.

Une réponse négative semble devoir prévaloir, le texte visant « la nullité du transfert », entendu comme le transfert du patrimoine et donc de lui seul. Cependant cette seconde réponse ne serait pas plus satisfaisante que la première, car elle aboutirait à amputer le transfert de patrimoine de l'un ou plusieurs de ses éléments (stipulés inaliénables) **sans que cette (ces) nullité(s) partielle(s) ne puisse(nt) être invoquée(s) par l'acquéreur au soutien d'une nullité totale**. Une telle règle serait en rupture avec l'article 1184 du Code civil, dont l'alinéa premier pose que « lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle [...] emporte nullité de l'acte tout entier [...] si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles ».

D. - Maintien cependant des régimes des transferts ut singuli

26 - En principe, une transmission universelle s'accommode du seul formalisme d'opposabilité, lequel agit alors comme un substitut au formalisme normalement applicable à la cession de chacun des éléments contenus dans le patrimoine²⁵. Il existe certes des exceptions à cette assimilation des éléments au tout, mais elles auraient dû être limitées et ne s'imposent que par leur nature même (V. not. Les droits de propriété intellectuelle pour lesquels les juges ont estimé que l'existence d'une publicité de la transmission universelle ne permet pas de se soustraire à l'inscription dans les registres spécifiques aux droits de propriétés industrielles transmis²⁶ ; V. encore probablement les immeubles, que l'on ne conçoit pas de soustraire au registre de la publicité foncière²⁷. Telle n'a malheureusement pas été l'approche retenue par le législateur.

L'alinéa 3 de l'article L. 526-27 nouveau dispose : « Sous réserve de la présente section, les dispositions légales relatives à la vente, à la donation ou à l'apport en société de biens de toute nature sont applicables, selon le cas. Il en est de même des dispositions légales relatives à la cession de créances, de dettes et de contrats ».

La première phrase est ambiguë, et pourrait encore laisser penser que ce serait à l'universalité que s'appliqueraient les règles régissant, selon le cas, la vente, la donation, ou encore l'apport, selon que le patrimoine est vendu, donné ou apporté.

Cependant, nous pensons que ces différents régimes s'appliquent à chacun des éléments sous-jacents, et qu'ainsi notamment, dès lors que le patrimoine cédé inclura un fonds de commerce, devra être appliqué le droit de la cession de commerce.

L'interprétation est au demeurant confortée par l'article L. 526-29 nouveau du Code de commerce en ce qu'il écarte expressément, comme n'étant « pas applicables au transfert universel du patrimoine professionnel d'un entrepreneur individuel, toute clause contraire étant réputée non écrite : [...] 3° Les articles L. 141-12 à

22. Pour une approche critique, V. N. Jullian, La transmission de patrimoine de l'entrepreneur, de nouvelles opérations au service des entrepreneurs individuels : JCP E 2022, 1137.

23. L'objectif du législateur était de préciser que le transfert de l'universalité du patrimoine n'est qu'une faculté offerte à l'entrepreneur individuel et ce afin d'éviter que la sanction attachée à la nullité d'un transfert qui ne serait pas universel pose problème lorsqu'un entrepreneur individuel exerce deux activités (par ex. comme charpentier et comme paysagiste) et qu'il souhaite apporter seule l'une des deux de ces sociétés.

Il est ainsi précisé que l'entrepreneur individuel peut ne transférer qu'une partie de son patrimoine professionnel, céder à titre onéreux, transmettre à titre gratuit entre vifs ou apporter en société certains des éléments de son patrimoine professionnel pris isolément, dans les conditions du droit commun ou droit spécial prévues pour les éléments objets du transfert (en ce sens V. exposé sommaire de l'amendement n° 50 présenté à l'Assemblée nationale le 6 janvier 2022).

24. V. Cass. com., 2 févr. 2022, n° 20-15.290, FD : BRDA 5/22, p. 12, n° 11 : sauf clause expresse contraire, la vente d'un fonds de commerce n'emporte pas de plein droit la transmission à l'acquéreur du passif. – Jugé pareillement pour les contrats, sauf exceptions légales : Cass. com., 4 mars 2020, n° 18-24.557, FD : RJDA 10/20, n° 483.

25. A.-S. Barthez, La transmission universelle des obligations. Étude comparée en droit des successions et en droit des sociétés : Thèse, Paris 1, 2000, n° 314.

26. Cass. com., 17 mai 1988, n° 86-19.279 : JurisData n° 1988-001350 ; Bull. civ. IV, n° 168.

27. D. n° 55-22, 4 janv. 1955, art. 28, portant réforme de la publicité foncière.

L. 141-22 » du Code de commerce, c'est-à-dire les seules dispositions régissant la publicité de la cession du fonds de commerce et le droit d'opposition des créanciers du cédant de ce fonds, laissant supposer que toutes les autres dispositions – non écartées – régissant la cession de fonds de commerce, restent quant à elles applicables à la cession du patrimoine professionnel commercial²⁸.

Si l'on doutait encore de l'interprétation à donner à l'**alinéa 3 de l'article L. 526-27**, la disposition finale selon laquelle « *il en est de même des dispositions légales relatives à la cession de créances, de dettes et de contrats* » vient trancher dans le sens de l'application à tous les éléments sous-jacents (le patrimoine n'étant ni une créance, ni une dette, ni un contrat), du droit de la cession de créance pour chaque créance, du droit de la cession de dette pour chaque contrat, et du droit de la cession de contrat pour chaque contrat.

Il semble que le législateur ait craint de faire prévaloir la logique – pourtant affichée – du transfert universel²⁹. Aussitôt a-t-on posé le principe d'un transfert universel, on comprend que les régimes de transmission des éléments sous-jacents ne peuvent être ignorés, sous peine de graves dysfonctionnements. Ce point est très évident concernant les immeubles professionnels inclus dans la cession de patrimoine : il n'est notamment pas envisageable de faire échapper leur transfert au droit de préemption urbain (DPU) dès lors que la cession de l'immeuble devrait y être soumise. La procédure de purge du DPU donc le cas échéant être mise en œuvre.

Le législateur a en conséquence cru pouvoir concilier deux logiques – celle du transfert universel et celle des transferts *ut singuli* – pourtant incompatibles, pour ne pas dire inconciliables. Si le transfert est universel, il n'aurait pas dû être traité par ailleurs comme une addition de transferts *ut singuli*, sauf à manquer à l'objectif de simplification par laquelle le tout se cède plus facilement que ses composantes, et sauf surtout à rendre le régime du transfert incohérent voire impraticable.

E. - Maintien exprès du recours au commissaire aux apports en cas d'apport en société du patrimoine

27 - Sans s'en remettre à la règle générale précitée (C. com., art. L. 526-27 nouveau, al. 3)³⁰, qui aurait pourtant abouti à un résultat équivalent, l'article L. 526-31 nouveau du Code de commerce pose que « *sous réserve des articles L. 223-9, L. 225-8-1 et L. 227-1, lorsque le patrimoine professionnel apporté en société contient des biens constitutifs d'un apport en nature, il est fait recours à un commissaire aux apports* ».

Le texte est maladroitement rédigé. Il faut comprendre que le recours au commissaire aux apports n'est obligatoire que lorsque le patrimoine incluant au moins un bien en nature l'est à une société pour laquelle le recours au commissaire aux apports est obligatoire (SARL et sociétés par actions, et non pas les sociétés civiles ou SNC), sauf bien sûr à ce que puisse s'appliquer l'une des exceptions prévues par la loi pour les SARL (L. 223-9), les SA et SCA (L. 225-8-1), ou encore les SAS (L. 227-1).

28. Cette analyse est confortée par les travaux parlementaires (V. not. en ce sens, l'amendement de la commission du Sénat, COM 9. Rec. présenté par M. Frassa, rapporteur de la commission des lois le 12 octobre 2021 [extrait : « Sauf disposition contraire, les règles relatives à la vente, à la donation ou à l'apport en société de biens de toute nature seraient applicables, selon le cas, de même que les règles relatives à la cession de créances, de dettes et de contrats. Dès lors, les dispositions relatives aux droits de préemption des entités publiques et au recours au commissaire aux apports, prévues par le projet de loi, peuvent être supprimées comme surabondantes » [...] Seroient écartées les dispositions relatives à la vente du fonds de commerce qui concernent l'information et le droit d'opposition des créanciers, mais non les autres, qui conservent leur utilité »).

29. Il ressort de l'exposé des motifs de l'amendement parlementaire visé au 11 supra que le législateur a finalement considéré que « le modèle de la dissolution-confusion [était] inadapté à une situation où le titulaire précédent du patrimoine ne disparaît pas ».

30. « Sous réserve de la présente section, les dispositions légales relatives à [...] l'apport en société de biens de toute nature sont applicables ».

Il n'est pas précisé si l'intervention du commissaire doit porter sur l'évaluation de chaque bien ou peut l'être globalement.

Il nous semble que l'évaluation doit être faite bien par bien. L'analyse est conforme à l'esprit de l'article L. 526-27 nouveau, alinéa 3 précité et semble entérinée par le fait que le législateur n'a pas assimilé le patrimoine professionnel lui-même à un bien en nature, tout en visant les « *biens constitutifs d'un apport en nature* » que le patrimoine professionnel apporté « *contient* ».

F. - Neutralisation expresse de certaines règles

28 - L'article L. 526-29 nouveau du Code de commerce prend soin d'écartier expressément, comme n'étant « *pas applicables au transfert universel du patrimoine professionnel d'un entrepreneur individuel, toute clause contraire étant réputée non écrite* : 1° L'article 815-14 du code civil ; 2° L'article 1699 du même code ; 3° Les articles L. 141-12 à L. 141-22 » du code de commerce. »

L'article L. 815-14 du Code civil fixe le régime de la cession des droits indivis à une « *personne étrangère à l'indivision* », en obligeant à notifier aux coindivisaires la cession projetée afin de leur permettre d'exercer un droit de préemption que le texte institue à leur profit.

La mise à l'écart de ce texte signifie que seront privés de leur droit à l'information et à la préemption les coindivisaires dont une partie des droits de l'indivision seraient cédés par voie de transfert universel du patrimoine professionnel dont ils feraient partie.

L'article 1699 du Code civil institue ce que l'on appelle le retrait de droits litigieux, c'est-à-dire la faculté pour la personne qui revendique des droits en litige, d'exiger que ces droits, dès lors qu'ils seraient cédés, lui soient attribués en remboursant à l'acquéreur « *le prix réel de la cession avec les frais et loyaux coûts, et avec les intérêts à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de la cession à lui faite* » (C. civ., art. 1699).

Le fait que le retrait de droits litigieux opère comme une forme d'expropriation de droit privé et que le prix de cession de ce droit ne soit pas arrêté dans le cadre d'un transfert universel, a conduit le législateur à supprimer purement et simplement ce droit dans le cadre de la cession du patrimoine professionnel.

Les articles L. 141-12 à L. 141-22 du Code de commerce font quant à eux partie des dispositions régissant la cession de fonds de commerce (C. com., art. L. 141-2 à L. 141-32).

La mise à l'écart des seuls articles L. 141-12 à L. 141-22 évince le dispositif de publicité de l'opération de cession ainsi que le droit d'opposition des créanciers du cédant. Ces dispositifs sont écartés au bénéfice de ceux institués tout spécialement en vue de régir le transfert de patrimoine professionnel.

Sont ainsi inapplicables au transfert du patrimoine professionnel :

- la publication par le cessionnaire, sur un SHAL et par voie d'insertion au BODACC, dans les 15 jours de sa date, de la cession de fonds de commerce (C. com., art. L. 141-12. – C. com., art. L. 141-18)³¹ ;
- l'enregistrement de l'acte portant mutation (C. com., art. L. 141-13) ;
- le droit d'opposition des créanciers au paiement du prix pendant un délai de 10 jours (C. com., art. L. 141-14 à L. 141-16 et L. 141-20) ;
- la sanction du paiement du prix de cession en violation des droits d'information et d'opposition des créanciers, c'est-à-dire la non-libération à l'égard des tiers (C. com., art. L. 141-17) ;
- la mise à disposition de tout créancier opposant ou inscrit de l'acte de cession pendant 20 jours suivant la publication au BODACC (C. com., art. L. 141-19) ;
- l'obligation d'informer les tiers de l'apport du fonds de commerce à une société sur un SHAL et par voie d'insertion au BODACC (C. com., art. L. 141-21 et L. 141-22).

31. Pour les succursales et établissements situés sur le territoire français.

G. - Extension à la cession du patrimoine professionnel du droit de céder à l'acquéreur le bail commercial

29 - L'article 2 de la loi du 14 février 2022 complète le premier alinéa de l'article L. 145-16 du Code de commerce par les mots : « ou au bénéficiaire du transfert universel de son patrimoine professionnel ».

L'objectif est d'étendre à la cession du patrimoine professionnel la règle déjà applicable aux cessions de fonds de commerce ou d'entreprise, réputant « non écrites, quelle qu'en soit la forme, les conventions tendant à interdire au locataire de céder son bail ou les droits qu'il tient du [bail] à l'acquéreur ».

H. - Opposabilité aux tiers

30 - L'article L. 526-27 nouveau, alinéa 5, prévoit que « Le transfert de propriété ainsi opéré n'est opposable aux tiers qu'à compter de sa publicité, dans des conditions prévues par décret ».

I. - La protection des tiers : droit d'opposition

31 - Selon un schéma bien connu en de nombreux domaines, devenu classique en matière de transmissions universelles³², et largement emprunté en la circonstance à celui qui régit la cession de l'EIRL (C. com., art. L. 526-17, III, al. 4 à 6), l'article L. 526-28 nouveau institue un droit d'opposition judiciaire (la thèse de déjudiciarisation de l'opposition n'ayant pas triomphé³³ au profit des créanciers de l'entrepreneur individuel procédant au transfert de son patrimoine professionnel. Le dispositif, qui s'ajoute au droit commun, c'est-à-dire à la possibilité d'agir sur le terrain de la fraude paulienne³⁴, est libellé dans les termes suivants : « Les créanciers de l'entrepreneur individuel dont la créance est née avant la publicité du transfert de propriété peuvent former opposition au transfert du patrimoine professionnel, dans un délai fixé par décret [al. 1]. L'opposition formée par un créancier n'a pas pour effet d'interdire le transfert du patrimoine professionnel [al. 2]. La décision de justice statuant sur l'opposition soit rejette celle-ci, soit ordonne le remboursement des créances ou la constitution de garanties, si le cessionnaire, le donataire ou le bénéficiaire en offre et si elles sont jugées suffisantes [al. 3]. Lorsque la décision de justice lui ordonne le remboursement des créances, l'entrepreneur individuel auteur du transfert est tenu de remplir son engagement dans les conditions prévues à l'article 2284 du code civil, sans préjudice de l'article L. 526-1 du présent code [al. 4] ».

J. - Causes de nullité du transfert

32 - L'article L. 526-30 nouveau du Code de commerce prévoit qu'« à peine de nullité du transfert : 1° Le transfert doit porter sur l'intégralité du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel, qui ne peut être scindé ; 2° En cas d'apport à une société nouvellement créée, l'actif disponible du patrimoine professionnel doit permettre de faire face au passif exigible sur ce même patrimoine ; 3° Ni l'auteur, ni le bénéficiaire du transfert ne doivent avoir été frappés de faillite personnelle ou d'une peine d'interdiction prévue à l'article L. 653-8 du présent code ou à l'article 131-27 du code pénal, par une décision devenue définitive ».

32. M. Germain, *L'opposition en droit des sociétés* : LPA 4 avr. 2007, n° 68, p. 21.

33. M. Raffray, *La transmission universelle de patrimoine des personnes morales*, vol. 108 : Dalloz, 2011, n° 111.

34. L. Sautonie-Laguionie, *La fraude paulienne*, t. 500 : bibl. dr. privé, 2008. – N. Jullian, *La cession de patrimoine*, op. cit., n° 552 et s.

Exemple récapitulatif de l'apport à une SAS d'un patrimoine professionnel commercial.

Un tel apport oblige à appliquer :

- au patrimoine, le régime de l'apport en société de patrimoine, impliquant d'apporter intégralement le patrimoine sans oublier un seul de ses éléments à peine de nullité (C. com., art. L. 526-30 nouveau, 1°), de publier l'opération selon un dispositif spécifique (C. com., art. L. 526-27 nouveau, al. 5), et de conférer aux créanciers du patrimoine cédé un droit d'opposition spécifique (C. com., art. L. 526-28 nouveau) ;

- au fonds de commerce le régime de l'apport de fonds de commerce, exception faite des articles L. 141-12 à L. 141-22 écartés expressément par ailleurs (C. com., art. L. 526-29 nouveau, 3°), ainsi que le régime de l'apport en nature, incluant tout spécialement le cas échéant l'intervention d'un commissaire aux apports (prévu expressément pour le commissaire aux apports par C. com., art. L. 526-31), étant précisé, concernant le transfert du bail commercial, que toute clause prétendant interdire ce transfert sera réputée non écrite (C. com., art. L. 145-16 modifié) ;

- l'objectif est d'étendre à la cession du patrimoine professionnel la règle déjà applicable aux cessions de fonds de commerce ou d'entreprise, réputant « non écrites, quelle qu'en soit la forme, les conventions tendant à interdire au locataire de céder son bail ou les droits qu'il tient du [bail] à l'acquéreur » ;

- à l'immeuble d'exploitation, s'il y en a un dans le patrimoine professionnel, le régime de l'apport d'immeuble, incluant notamment la rédaction de l'acte d'apport par acte notarié aux fins de la publication au registre de la publicité foncière et le cas échéant la nécessité de purger préalablement le DPU ;

- à chaque créance incluse dans le patrimoine cédé le régime de la cession de créance ;

- à chaque contrat cédé le régime de la cession de contrat ;

- à chaque dette incluse dans le patrimoine cédé le régime de la cession de dette.

Cependant, en vertu de ce régime, une dette ne peut être cédée sans l'accord du créancier (C. civ., art. 1327).

Il faudrait donc semble-t-il l'accord de tous les créanciers du patrimoine pour que ce dernier pût être cédé sans risque de nullité, puisque l'article L. 526-27 nouveau, alinéa 3, du Code de commerce prévoit qu'à peine de nullité « le transfert doit porter sur l'intégralité du patrimoine professionnel » (C. com., art. L. 526-30, 1°).

Cependant, ces mêmes créanciers jouissent d'un droit d'opposition spécifique au transfert du patrimoine (C. com., art. L. 526-28 nouveau), de sorte que l'on pourrait considérer qu'en vertu de la formulation initiale de l'article L. 526-27, alinéa 3 précité (« Sous réserve de la présente section [...] ») l'accord du créancier n'est pas requis pour transférer les dettes à son égard dans le cadre d'un transfert de patrimoine.

Cependant, ce même accord resterait encore requis par l'article 1327-2 du Code civil pour libérer le cédant, à défaut de quoi il resterait « tenu solidairement [avec le cédant] au paiement de la dette » (C. civ., art. 1327-2).

On pourrait encore écarter l'application du texte sous le même argument que le précédent [prévalence du droit spécial de la cession de patrimoine] mais alors c'est la totalité du régime de la cession de dettes qui serait écarté et l'on voit que la stipulation selon laquelle s'appliquent à la cession de patrimoine les « dispositions légales relatives à la cession [...] de dettes » (C. com., art. L. 526-27 nouveau, al. 3) est parfaitement inadaptée. ■

Mots-Clés : Entrepreneur individuel - Patrimoine professionnel - L. n° 2022-172, 14 févr. 2022, en faveur de l'activité professionnelle indépendante