



Faculté de Droit
& des Sciences Économiques



Université
de Limoges

Mémoire pour le Master 2

« Droit du patrimoine et des conflits familiaux »

**L'ARTICULATION DU NOUVEAU STATUT
DE L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL AVEC LE
DROIT PATRIMONIAL DE LA FAMILLE**

Présenté et soutenu par

Henri GARAUD

Le 24 avril 2023

Sous la direction de

Karl LAFAURIE

Professeur agrégé des Facultés de Droit

Année universitaire 2022-2023

Remerciements :

Je remercie le Professeur Karl Lafaurie pour avoir accepté de diriger mon mémoire. Sa disponibilité, sa bienveillance et ses précieux conseils m'ont permis de mener à bien ce travail.

Mes remerciements vont aussi à toutes les personnes, qui, par leurs relectures et encouragements, ont contribué à la réalisation cette étude, sans oublier le soutien de mes parents.

Sommaire :

Partie 1 : L'accueil du statut de l'entrepreneur individuel en droit des régimes matrimoniaux

Titre 1 : L'insuffisant renvoi légal aux règles classiques de pouvoir des régimes matrimoniaux

Chapitre 1 : En présence d'un entrepreneur individuel marié sous le régime légal

Chapitre 2 : En présence d'un entrepreneur individuel marié sous un régime conventionnel

Titre 2 : L'inopportun silence légal sur le passif du couple

Chapitre 1 : En présence d'un entrepreneur individuel marié sous le régime légal

Chapitre 2 : En présence d'un entrepreneur individuel marié sous un régime conventionnel

Partie 2 : L'accueil du statut de l'entrepreneur individuel en droit des successions et des libéralités

Titre 1 : Les libéralités consenties par l'entrepreneur individuel

Chapitre 1 : La donation, objet d'une législation riche

Chapitre 2 : Le legs, grand oublié

Titre 2 : La succession de l'entrepreneur individuel

Chapitre 1 : Le sort des patrimoines personnel et professionnel au décès de l'entrepreneur individuel

Chapitre 2 : Les restitutions successorales consécutives à la donation intégrale du patrimoine professionnel

Introduction

1. Entreprise individuelle et vie familiale. - Comme toute personne physique, « *l'entrepreneur individuel a aussi une famille* »¹. Il peut s'être marié, pacsé ou vivre en concubinage, avoir un enfant, des frères, des sœurs, etc. C'est une réalité que toute innovation législative d'envergure ciblant les chefs d'entreprise ne saurait ignorer. Toute réforme en la matière devrait se soucier de la cohérence des logiques entre les deux organisations, entités ou figures que sont l'entreprise et la famille². Droit des entreprises individuelles et droit patrimonial de la famille sont-ils faits pour s'entendre ? « *Les deux droits que l'on doit concilier semblent tirer dans le même sens, poursuivre les mêmes fins* »³ : permanence de l'entreprise et protection de la famille apparaissent comme les maîtres mots. Quelques réformes permettent de s'en convaincre.

Afin d'atteindre l'objectif de pérennité, la loi du 5 janvier 1988, relative au développement et à la transmission des entreprises, a adapté les règles de la donation-partage. En principe, une donation-partage ne peut être effectuée qu'au profit d'un héritier présomptif ou d'un descendant non-héritier présomptif. Une personne n'entrant dans aucune des deux catégories précitées ne peut pas être partie à une donation-partage. La loi de 1988 a créé une exception : un tiers peut bénéficier d'une telle libéralité si sa part de la donation-partage correspond aux biens affectés à l'entreprise du disposant. En autorisant une telle libéralité au profit d'un tiers, le législateur a souhaité favoriser le maintien de l'entreprise au décès de l'entrepreneur dans l'hypothèse où aucun de ses héritiers n'était pressenti pour lui succéder.

Dans cette même optique de continuation de l'entreprise au décès de son propriétaire, la loi du 23 juin 2006 a créé le mandat à effet posthume. Ce contrat permet à celui qui va mourir, sous couvert d'un intérêt légitime et sérieux, de confier à un mandataire le soin « *d'administrer ou de gérer [...] tout ou partie de sa succession pour le compte et dans l'intérêt d'un ou de plusieurs héritiers identifiés* »⁴. Ce mandat a été mis en place par le législateur pour faciliter la transmission d'une entreprise en présence d'héritiers mineurs, incapables de gérer un tel bien.

Outre l'objectif de poursuite de l'activité professionnelle, le législateur, lorsqu'il s'intéresse à l'entreprise et à la famille, cherche à protéger les proches de l'entrepreneur contre

¹ M. Nicod, L'entrepreneur individuel a aussi une famille, Dr. fam., avril 2022, repère 4.

² C'est une confrontation « entre deux mondes » ou « systèmes de valeurs » qu'il faut opérer. A. Couret, Le concept d'entreprise familiale et sa place dans les économies nationales et européennes, Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Tome XLI, Presses de l'Université des Sciences Sociales, 1993, p. 9.

³ H. Lécuyer, Entreprise et famille, Gaz. Pal. 2011, n°138-139, p. 52.

⁴ Article 812, al. 1 du Code civil.

les vicissitudes du monde des affaires. La loi du 1^{er} août 2003 s'inscrit dans cette logique de protection financière en instaurant une déclaration d'insaisissabilité. L'entrepreneur individuel peut, sur déclaration notariée, soustraire du droit de gage de ses créanciers professionnels sa résidence principale, mais aussi, depuis 2008, les biens fonciers bâtis et non bâtis non affectés à l'usage professionnel en les rendant insaisissables. Avec la loi Macron du 6 août 2015, la résidence principale est insaisissable de plein droit. L'insaisissabilité de ces biens forme un premier rempart contre les risques de l'activité entrepreneuriale pour la famille.

La dualité patrimoniale, instaurée par la loi du 15 juin 2010 sur l'EIRL⁵, constitue un second moyen de canaliser les risques. Au cours des débats parlementaires sur la création du statut d'EIRL, les initiateurs du projet avaient mis en avant les facteurs familiaux à travers l'objectif de protection du foyer. L'idée était de réunir les biens entrepreneuriaux en une masse affectée, soustraite aux poursuites des créanciers non-professionnels. Fort de deux patrimoines répondant chacun d'un passif spécifique, l'EIRL pourrait mener sereinement sa double vie, privée et professionnelle, « *qui sont distinctes et ne devraient pas influencer l'une sur l'autre* »⁶. Par ce biais, l'activité entrepreneuriale n'apparaît pas comme un fardeau pesant sur la famille.

2. Place de la famille dans la réforme de l'entrepreneur individuel. - Lors du vote de la loi sur l'entrepreneur individuel, dit EI⁷, on aurait pu penser que les promoteurs du nouveau statut insisteraient eux aussi sur les bienfaits de la séparation patrimoniale pour la sphère familiale. Or les parlementaires n'ont guère fait usage de cet argument⁸. Substituer à l'EIRL un modèle plus simple est la principale justification soulevée pour adopter le projet. Qu'il s'agisse de la vie en couple ou de l'épreuve successorale, la famille n'apparaît pas au centre des discussions, et cela se ressent dans la lettre de la loi du 14 février 2022. Un seul article aborde le droit des régimes matrimoniaux. Si le droit des successions et des libéralités est davantage développé, le texte présente tout de même de nombreuses lacunes.

Comblent ces insuffisances, identifier et tenter de résoudre les difficultés qu'elles engendrent, semble donc primordial. L'objet de la présente étude est d'établir un trait d'union entre le statut de l'EI et le droit patrimonial de la famille. Il s'agit de voir à quel point la sphère familiale est protégée par ce nouveau statut, et si la continuation de l'entreprise individuelle

⁵ Entrepreneur individuel à responsabilité limitée

⁶ F. Dekeuwer-Défossez et E. Blary-Clément, Droit commercial, 12^e éd. LGDJ 2019, n° 257.

⁷ L'abréviation EI est officielle. Elle est issue du décret du 28 avril 2022 relatif à la définition du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel et aux mentions sur les documents et correspondances à usage professionnel. Nous emploierons ci-après les initiales EI pour désigner l'entrepreneur individuel.

⁸ D'après le compte rendu intégral de la séance du 26 octobre 2021, seule Madame Eliane Assassi, sénatrice, a évoqué l'objectif de protection de la famille pour défendre le projet de loi sur l'entrepreneur individuel.

facilitée. Pour s'atteler à cette tâche, encore faut-il savoir en quoi consiste le statut de l'EI. La loi du 14 février 2022 instaure une dualité patrimoniale pour tout entrepreneur individuel. Cette dissociation patrimoniale de plein droit est le fruit d'une longue évolution.

3. Théorie classique du patrimoine d'Aubry et Rau. - Au XIX^{ème} siècle, sous la plume d'Aubry et Rau, est apparue en France la théorie subjective du patrimoine. En s'inspirant de la théorie allemande de Zachariae, les juristes strasbourgeois élaborent leur propre vision du patrimoine. La clef de voûte de leur théorie, devenue classique, est que le patrimoine constitue une « *émanation de la personnalité* »⁹. Le patrimoine est lié à la personnalité juridique, d'où l'appellation de théorie subjective. Il en résulte trois grands principes. Toute personne a un patrimoine, même si elle ne possède aucun bien. Seules les personnes ont un patrimoine. Les personnes n'ont qu'un seul patrimoine, unique et indivisible. Ce principe d'unité¹⁰ du patrimoine commande que l'ensemble de l'actif de la personne réponde de l'ensemble de son passif, c'est-à-dire forme le droit de gage général de ses créanciers, tel que défini aux articles 2284 et 2285 du Code civil.

4. Théorie du patrimoine d'affectation. - Dès le XX^{ème} siècle, la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau a attiré des critiques. Une partie de la doctrine française¹¹ a développé, sous l'influence de l'Allemand Bekker, une théorie concurrente : celle du patrimoine d'affectation. Les deux premiers principes n'ont pas été contestés par les détracteurs de la théorie subjective, la cible de leurs attaques étant l'unité du patrimoine. L'idée directrice est qu'un individu pourrait, en plus de son patrimoine général, être à la tête d'un ou plusieurs autres patrimoines spécialisés. Un patrimoine d'affectation se construirait autour d'un ensemble de biens et obligations répondant à une finalité spécifique. Le but commun animant certains biens et obligations de la personne justifierait de les regrouper au sein d'un patrimoine autonome, distinct de son patrimoine personnel.

5. Long attachement légal à la théorie subjective du patrimoine. - Le législateur a longtemps refusé de s'affranchir de la vision du patrimoine d'Aubry et Rau, présentée comme

⁹ C. Aubry et C. Rau, Cours de droit civil français, Paris, 5^{ème} éd., T. 9, 1917, § 573, p. 229.

¹⁰ Les principes d'unicité et d'indivisibilité peuvent être réunis sous le terme d'unité. A.-L. Thomat-Raynaud, L'unité du patrimoine : Essai critique, Defrénois 2007, t. 25, n° 133, p. 60.

¹¹ G. Plastara, La notion juridique de patrimoine, thèse Paris, Arthur Rousseau éditeur, 1903 ; H. Gazin, Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique, thèse Dijon, 1910 ; R. Saleilles, De la personnalité juridique, Histoire et théorie, Paris, Rousseau, 1922, 25^{ème} leçon, p. 658 ; R. Percerou, La personne morale de droit privé : patrimoine d'affectation, thèse Paris, 1951.

« la plus fameuse des théories qui ait jamais été soutenue en droit français »¹². Pour certains auteurs néanmoins, le législateur a assez vite infléchi la théorie subjective du patrimoine¹³. Il a en effet permis l'acceptation à concurrence de l'actif net d'une succession, et distingué l'existence de trois masses de biens dans les régimes matrimoniaux communautaires¹⁴. Ces entorses sont toutefois ponctuelles, minimales et indirectes. La mise en place, en 1985, de l'EURL¹⁵, plutôt que d'un patrimoine d'affectation pour protéger la famille et les intérêts privés des entrepreneurs, montre que le législateur est resté longtemps attaché au principe d'unité patrimoniale. En autorisant la création d'entités personnifiées avec un seul membre¹⁶, le législateur a préféré revoir la notion de société, c'est-à-dire rompre avec l'exigence d'une nature collective, plutôt que de toucher à la conception personnaliste d'Aubry et Rau¹⁷. En effet, le fondateur d'une EURL n'est pas à la tête de deux patrimoines mais d'un seul ; le second patrimoine créé est celui de la société. La fortune personnelle de l'associé est hors d'atteinte des créanciers sociaux, ceux-ci ne pouvant saisir que les biens du patrimoine de l'EURL.

6. Apparition d'accrocs au principe d'unité du patrimoine. - Le premier véritable coup porté à l'unité patrimoniale date de la loi du 19 février 2007 qui a instauré un patrimoine fiduciaire. Avec la loi du 10 juin 2010 sur l'EURL, le législateur a permis aux entrepreneurs le désirant de créer un ou plusieurs patrimoines d'affectation, à côté de leur patrimoine personnel. La plus récente atteinte à l'unité patrimoniale provient de la loi du 14 février 2022, qui institue automatiquement pour tous les entrepreneurs individuels, deux patrimoines : un personnel et un professionnel.

¹² F. Zenati-Castaing, *Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine*, RTD civ. 2003, p. 667.

¹³ H. Lécuyer, *Entreprise et famille*, Gaz. Pal. 2011, n°138-139, p. 52. ; B. Brignon et H. Leyrat, *L'entrepreneur individuel nouveau*, Lexbase affaires 17 mars 2022, n° 709.

¹⁴ Le principe d'unité patrimoniale implique que les créanciers puissent saisir l'ensemble des biens de leur débiteur. C'est le droit de gage général des articles 2284 et 2285 du Code civil. L'acceptation à concurrence de l'actif net y déroge car les créanciers successoraux ne peuvent pas saisir les biens personnels de l'héritier exerçant cette branche de l'option. Quant aux créanciers d'un époux commun en biens, leur droit de gage se trouve parfois limité : tous les biens de l'époux débiteur ne sont pas toujours saisissables. En cantonnant le droit de gage des créanciers à certains biens, ces deux situations portent indirectement atteinte au principe d'unité patrimoniale.

¹⁵ Loi du 11 juillet 1985, relative à l'Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée.

¹⁶ « *Au mépris de l'étymologie : l'associé, socius, c'est le compagnon. Voici un compagnon sans compagnie* ». (C. Lombois, *Introduction au droit civil – Droit des personnes et des biens*, Cours de droit Litec 1996-1997, n° 629, p. 315).

¹⁷ T. Lamarche, *Le régime de responsabilité pécuniaire des entrepreneurs individuels français*, in *Mélanges en l'honneur de Élie Alfandari*, Dalloz 2000, p. 374. Le législateur « *a choisi, afin de préserver [la théorie subjective du patrimoine] d'utiliser la technique de la personnalité, au risque de dénaturer certaines institutions* », à savoir « *le contrat de société* ».

7. Loi du 15 juin 2010 relative à l'EIRL. - La loi du 15 juin 2010 a institué le statut d'EIRL, afin de permettre à un entrepreneur individuel de créer un ou plusieurs patrimoines dits affectés, se composant des biens, droits, obligations et sûretés nécessaires à une activité professionnelle. Sur ce socle minimal obligatoire, pouvaient s'ajouter des biens, droits, obligations ou sûretés simplement utiles à l'exercice de la profession. L'intérêt de créer un patrimoine affecté était de cloisonner le droit de gage des créanciers : aux créanciers professionnels le patrimoine affecté, et aux autres le patrimoine personnel. Le régime de l'EIRL était optionnel. Pour en bénéficier, l'entrepreneur devait procéder à un certain nombre de formalités, dont une déclaration de constitution du patrimoine affecté, un état descriptif et était tenu à des obligations comptables. Le caractère optionnel et la lourdeur du formalisme pour accéder à la dualité patrimoniale ont conduit à l'échec de l'EIRL. Le législateur a bien essayé de donner un nouveau souffle au dispositif par les lois Pinel de 2014¹⁸, Sapin II de 2016¹⁹ et PACTE de 2019²⁰, mais en vain²¹.

8. Abandon du statut de l'EIRL. - Face à l'insuccès de l'EIRL, le législateur a décidé d'organiser « *la mise en extinction* » de ce statut pour en créer un nouveau : celui de l'entrepreneur individuel, dit EI. A compter de la publication de la loi du 22 février 2022, les entrepreneurs ne peuvent plus opter pour le régime de l'EIRL²². S'il n'y a pas de place pour les nouveaux venus, en revanche, les EIRL actuels conservent leur statut, jusqu'à la cessation de leur activité ou leur décès. Il a été également mis fin à la possibilité, pour un héritier de l'EIRL, de reprendre l'activité à son décès²³. En tout cas, la mise en extinction ne va pas aboutir à la disparition du jour au lendemain de l'EIRL mais à une disparition progressive. « *L'extinction programmée de l'EIRL n'est pas pour demain* »²⁴.

9. Caractère impératif du statut de l'EI. - Le législateur, conscient que l'échec de l'EIRL était en partie dû à son caractère optionnel, a pris soin de conférer au nouveau statut de l'EI une nature impérative, ne requérant pas une manifestation de volonté. Du jour au

¹⁸ Loi du 18 juin 2014, relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises.

¹⁹ Loi du 9 décembre 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

²⁰ Loi du 22 mai 2019, relative à la croissance et à la transformation des entreprises.

²¹ J.-N. Stoffel, Vers l'extinction du statut de l'EIRL, Hebdo, éd. affaires, mars 2022, n° 709.

²² R. Mortier, Le nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel, Rev. dr. des sociétés, n° 5 2022, étude 6, p. 7, n° 5.

²³ Voir *infra* n° 397 et 398.

²⁴ V. Legrand, L'extinction organisée de l'EIRL ?, in Dossier spécial, La réforme de l'entreprise individuelle par la loi du 14 février 2022, RLDC 2022/202, 7094, p. 47.

lendemain, toutes les personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante ont été affublées de deux patrimoines. L'automatisme du statut est l'une des principales innovations par rapport à l'EIRL. Autre différence notable, l'EI n'est doté que d'un seul patrimoine professionnel, quel que soit le nombre d'activité qu'il exerce²⁵, là où l'EIRL pouvait avoir un patrimoine affecté différent par activité²⁶. L'objectif recherché est la simplification du système.

10. Cloisonnement du droit de gage. - La loi du 14 février 2022, en plaçant l'EI à la tête de deux patrimoines, opère, comme sous l'EIRL, un cantonnement du droit de gage en opposant les créanciers « *dont les droits sont nés à l'occasion de son exercice professionnel* » et les autres créanciers. Les premiers sont dénommés créanciers professionnels et les seconds créanciers personnels. Les formulations employées par l'article L. 526-22 du Code de commerce pour définir le droit de gage de chaque catégorie de créanciers²⁷ ont été jugées maladroites par plusieurs auteurs²⁸. En effet, le texte donne l'impression qu'en cas d'inexécution de ses obligations par l'EI, l'objet de la saisie est une universalité : le patrimoine professionnel ou le patrimoine personnel, suivant la qualité des créanciers impayés. En réalité, le droit de gage des créanciers porte sur les biens contenus dans le patrimoine, et non sur l'entité qu'est le patrimoine. La rédaction de la loi du 14 février 2022 révèle les confusions des parlementaires sur la définition du patrimoine, utilisant le terme tantôt dans son véritable sens d'universalité de droit²⁹ tantôt pour désigner les biens qu'il contient³⁰. Il aurait été plus correct d'écrire que l'EI est tenu de remplir ses engagements à l'égard de ses créanciers professionnels sur les biens de son patrimoine professionnel et, vis-à-vis de ses créanciers personnels, sur les biens de son patrimoine personnel.

²⁵ A.-L. Thomat-Raynaud, L'unité du « patrimoine professionnel » de l'entrepreneur individuel pluriactif après la loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante, *in* Premiers regards sur le nouveau statut d'entreprise individuelle, RJ com. 2022, n° 7, p. 235 ; J. Prieur et J. Vallansan, Le nouveau statut de l'entrepreneur individuel, JCP N 2022, n° 50, 1289, p. 51.

²⁶ R. Mortier, Le nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel, *préc.*, n° 8, p. 8.

²⁷ « *L'entrepreneur individuel est tenu de remplir ses engagements à l'égard des créanciers dont les droits sont nés à l'occasion de son exercice professionnel que sur son seul patrimoine professionnel* ». (Alinéa 4) « *Seul le patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel constitue le gage général de ses créanciers* » personnels. (Alinéa 6).

²⁸ Y. Judeau et T. Leobon, Des prémices à la reconnaissance du patrimoine professionnel, JCP N 2022, 1156, n° 78 à 79, p. 43 ; F. Masson, Séparation automatique des patrimoines et théorie du patrimoine, *in* Dossier spécial, La réforme de l'entreprise individuelle par la loi du 14 février 2022, RLDC 2022/202, 7092, n° 4, p. 41 ; A.-L. Thomat-Raynaud et É. Dubuisson, Le notaire et le nouveau statut de l'entrepreneur individuel en 12 alarmes, *Defrénois* 2022, n° 23, DEF208b6, p. 14.

²⁹ Le patrimoine est employé dans le sens d'universalité à l'alinéa 2 de l'article 526-22 du Code de commerce et à la section IV « *Du transfert du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel* »

³⁰ Lorsque les alinéas 4 et 6 de l'article L. 526-22 du Code de commerce mentionnent le « patrimoine », il faut lire « les biens du patrimoine ».

En ce qui concerne la résidence principale, elle demeure insaisissable de plein droit par les créanciers professionnels de l'EI, par la lecture combinée des articles L. 526-1 et L. 526-22, alinéa 4, du Code de commerce. Sont aussi insaisissables mais sur déclaration notariée, les biens fonciers bâtis ou non bâtis dont l'usage n'est pas professionnel³¹.

11. Limites au cantonnement du droit de gage. - Le cloisonnement du droit de gage, conséquence de la séparation patrimoniale, connaît des limites. La loi n'ayant pas une portée rétroactive, le cantonnement du droit de gage ne joue que pour les créances nées après son entrée en vigueur, c'est-à-dire à partir du 15 mai 2022³². L'EI peut consentir une sûreté conventionnelle sur un élément de son patrimoine personnel au profit d'un créancier professionnel, selon l'article L. 526-22, alinéa 4, du Code de commerce. L'article L. 526-25 du même Code lui permet de renoncer à la limitation du droit de gage au bénéfice d'un créancier professionnel pour un engagement spécifique³³. Si les biens du patrimoine personnels ne suffisent pas à désintéresser les créanciers personnels de l'EI, l'article L. 526-22, alinéa 6, les autorise à exercer leur droit de gage « *sur le patrimoine professionnel, dans la limite du montant du bénéfice réalisé lors du dernier exercice clos* »³⁴. De plus, certains créanciers, comme l'administration fiscale ou les organismes de sécurité sociale, jouissent parfois d'un droit de gage sur les biens des deux patrimoines, soit en raison de la nature de leur créance³⁵ soit en conséquence du comportement de l'EI³⁶.

12. Contenu des patrimoines. - Le législateur n'a pas défini avec précision le contenu de chaque patrimoine. L'article L. 526-22, alinéa 2, du Code de commerce se contente de classer dans le patrimoine professionnel « *les biens, droits, obligations et sûretés utiles à son ou ses activités professionnelles indépendantes* ». La définition du patrimoine personnel est négative : il contient les éléments « *non compris dans le patrimoine professionnel* ». A ce stade, deux remarques s'imposent.

³¹ Pour des développements plus approfondis sur ce point, voir P. Soustelle, L'insaisissabilité de la résidence principale et la déclaration d'insaisissabilité de l'entrepreneur individuel (C. com., art. L. 526-1 et s.), Lamy droit de l'exécution forcée, n° 345-25.

³² B. Dondero, Place à l'entrepreneur individuel à deux patrimoines (EI2P) !, étude, Rev. sociétés 2022, n° 9 et n° 51 ; Loi en faveur des professionnels indépendants, Un nouveau statut pour l'entrepreneur individuel, éd. Francis Lefebvre, BRDA 06/22, n° 2, p. 25.

³³ Voir *infra* n° 67.

³⁴ J. Prieur et J. Vallansan, Le nouveau statut de l'entrepreneur individuel, *préc.*, n° 12, p. 52.

³⁵ Par exemple, le paiement de l'impôt sur le revenu.

³⁶ Lorsque l'EI a commis des manœuvres frauduleuses ou des inobservations graves et répétées à ses obligations fiscales.

La référence aux obligations démontre que, contrairement à ce que certains auteurs avancent³⁷, les patrimoines de l'EI sont certes composés d'un actif mais aussi d'un passif, la notion d'obligation englobant celle de dette³⁸. Les patrimoines professionnels et personnels apparaissent donc comme des universalités de droit, constituées d'un actif et d'un passif.

Le critère distinctif des deux patrimoines est celui de l'utilité³⁹. Le décret du 28 avril 2022 énonce que sont utiles les biens, droits, obligations et sûretés qui « *par nature, par destination ou en fonction de leur objet, servent* » à l'activité professionnelle de l'EI. Le décret en donne des exemples : le fonds de commerce, le matériel, l'outillage, les marchandises, ou encore la partie de la résidence principale utilisée pour un usage professionnel⁴⁰.

L'article L. 526-22 du Code de commerce précise que l'EI doit être « *titulaire* » des biens, droits, obligations et sûretés inclus dans ses patrimoines. L'exigence de titularité permet d'exclure des patrimoines de l'EI marié les biens propres ou personnels à son conjoint. En effet, l'EI n'en est pas propriétaire⁴¹.

La charge de la preuve du contenu de chaque patrimoine pèse sur l'EI. Une présomption simple facilite les règles probatoires : le patrimoine professionnel « *est présumé comprendre au moins l'ensemble des éléments enregistrés au titre des documents comptables* », selon l'article R. 526-26, II, du Code de commerce.

13. Articulation du statut de l'EI avec les différentes branches du droit. - Les concepteurs du nouveau statut de l'EI ont pensé à fixer les limites du cantonnement du droit de gage, à détailler le contenu de chaque patrimoine, ou encore à édicter les règles probatoires. Les parlementaires ont-ils pris soin d'articuler les nouvelles règles avec les autres branches du droit ? Le Code des procédures civiles d'exécution, le Livre des procédures fiscales et le Code de la sécurité sociale ont subi des modifications pour insérer le nouveau statut de l'EI dans ces

³⁷ A. Sériaux, La notion juridique de patrimoine, Brèves notations civilistes sur le verbe avoir, RTD civ. 1994, p. 801.

³⁸ Y. Judeau et T. Leobon, Des prémices à la reconnaissance du patrimoine professionnel, *préc.*, n° 67, p. 41.

³⁹ Sur la notion d'utilité voir notamment B. Dondero, Place à l'entrepreneur individuel à deux patrimoines (EI2P) !, *préc.*, n° 23 à 29, p. 202 ; S. Tisseyre, La constitution et la composition du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel, *in* Dossier spécial, La réforme de l'entreprise individuelle par la loi du 14 février 2022, RLDC 2022/202, n° 7090, p. 36 ; T. Revet, La désubjectivation du patrimoine, D. 2022, chr., n° 13, p. 473 ; C. Chwartz-Lair, Les éléments du patrimoine professionnel : la notion de « biens utiles » à l'activité, *in* Premiers regards sur le nouveau statut d'entreprise individuelle, RJ com. 2022, p. 229.

⁴⁰ Pour un commentaire détaillé de chaque exemple, voir B. Dondero, Nouveau statut de l'entrepreneur individuel, textes réglementaires, Rev. des sociétés, juin 2022, n° 11 à 19, p. 336 à 337.

⁴¹ R. Mortier, Le nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel, *préc.*, p. 8, n° 8 ; D. Poracchia et J.-N. Stoffel, Panorama sur le nouveau statut d'entrepreneur individuel, BJS sept. 2022, n° BJS201h9, p. 55 ; J. Prieur et J. Vallansan, Le nouveau statut de l'entrepreneur individuel, *préc.*, n° 6, p. 51.

matières⁴². Le droit des entreprises en difficultés a été adapté pour prendre en compte la dualité patrimoniale de tout EI⁴³. Qu'en est-il du droit patrimonial de la famille ? Sous l'EIRL, face au quasi-mutisme de la loi du 10 juin 2010 sur le droit patrimonial de la famille, une ordonnance devait coordonner les deux matières et n'a finalement jamais été adoptée⁴⁴. Aujourd'hui, le constat est le même à propos de l'EI : peu de dispositions de la loi du 14 février 2022 traitent du droit patrimonial de la famille.

14. Notion de droit patrimonial de la famille. - Le droit patrimonial de la famille touche l'ensemble des relations d'ordre financier et patrimonial dans les rapports familiaux. Ce droit recouvre deux matières : les régimes matrimoniaux d'une part, les successions et libéralités d'autre part.

Le droit des régimes matrimoniaux s'entend de deux manières. Au sens strict, comme l'indique l'adjectif matrimonial, la matière régit les relations pécuniaires des seuls couples mariés. « *Pas de régime matrimonial sans mariage* »⁴⁵. Dès lors, les partenaires du PACS et les concubins ne sont pas soumis au droit des régimes matrimoniaux *stricto sensu*. Dans un sens large, certains auteurs⁴⁶ estiment que les relations patrimoniales dans le PACS et le concubinage méritent d'être étudiées dans le cadre du droit patrimonial de la famille. En effet, même hors mariage, les couples tissent des liens patrimoniaux entre eux. De plus, en ce qui concerne les partenaires du PACS, la loi du 23 juin 2006 a introduit dans le Code civil des règles inspirées du régime primaire impératif, et un régime de séparation des biens. Malgré la pertinence de ces arguments, nous avons choisi de n'aborder que la situation des seuls couples mariés car, à proprement parler, le PACS et le concubinage sont hors sujet⁴⁷. En outre, le PACS sera traité de manière indirecte à travers les développements sur le régime matrimonial de la séparation de biens, les interrogations étant sensiblement les mêmes dans les deux cas.

Le droit des successions et des libéralités est porté vers la transmission à titre gratuit. Le droit des successions encadre la transmission du patrimoine du défunt à une ou plusieurs personnes vivantes. La dévolution peut être légale, au profit des héritiers *ab intestat*. Le *de cuius* peut influencer sur les règles de dévolution légale par le biais d'un testament. La dévolution est

⁴² Article 4 de la loi du 22 février 2022, en faveur de l'activité professionnelle indépendante.

⁴³ Article 5 de la loi du 22 février 2022, en faveur de l'activité professionnelle indépendante.

⁴⁴ C. Grare-Didier, EIRL et patrimoine conjugal, LPA 28 avril 2011, n° 84, p. 15.

⁴⁵ R. Cabrillac, Généralités sur les régimes matrimoniaux, in Lamy Droit des régimes matrimoniaux, successions et libéralités, n° 103-17.

⁴⁶ Voir notamment B. Beignier et S. Torricelli-Chrifi, Droit des régimes matrimoniaux, du PACS et du concubinage, LGDJ, 7^{ème} éd. Lextenso 2021, n° 223 et s., p. 267 et s. ; F. Terré et P. Simler, Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés, D. 8^{ème} éd. 2019, n° 868 et s., p. 753 et s.

⁴⁷ B. Vareille, Droit patrimonial de la famille, Introduction au cours de régimes matrimoniaux, Cours UNJF.

alors testamentaire. Le droit des libéralités régit les actes à titre gratuit effectués par le défunt de son vivant (donation) ou à cause de mort (testament) pour transmettre ses biens. Successions et libéralités sont liées : les donations et testaments peuvent faire l'objet de restitutions successorales pour rétablir l'égalité entre les héritiers légaux (rapport) et/ou protéger la réserve héréditaire (réduction).

15. Intérêts d'une connexion entre statut de l'EI et droit patrimonial de la famille.

- Le nouveau statut de l'EI, élaboré par la loi du 14 février 2022, est resté silencieux sur de nombreux points du droit patrimonial de la famille. Lorsqu'il a daigné s'y intéresser, soit il s'est contenté de renvoyer aux règles classiques, soit il n'a pas envisagé toutes les conséquences qu'engendreraient le dispositif mis en place. Articuler statut de l'EI et droit patrimonial de la famille permettra de résoudre, ou du moins d'esquisser des solutions, pour pallier les lacunes de la loi du 14 février 2022 sur la situation de l'EI qui se marie, qui consent des libéralités, ou qui meurt. L'enjeu est de réussir à coordonner deux corps de textes. Au-delà de cet aspect technique, apparaissent des enjeux de politique juridique. Par exemple, il faut s'intéresser à l'EI marié pour savoir comment protéger les biens de son conjoint face à une dette⁴⁸. De même, il est important de déterminer les pouvoirs des époux sur les biens utiles à l'activité professionnelle. Lorsque l'acte porte sur acquêt professionnel, faut-il respecter l'indépendance de gestion du chef d'entreprise ou privilégier la prise de décision commune ? L'interférence de l'époux de l'EI dans la vie de l'entreprise pourrait nuire à sa pérennité mais, d'un autre côté, laisser l'EI seul maître des biens communs professionnels comporte des risques financiers pour son conjoint⁴⁹. Autant de questions de nature à aviver le débat autour du régime matrimonial le plus adéquat pour un EI⁵⁰. Pour ce qui est du droit des successions et des libéralités, l'enjeu réside dans la transmission du patrimoine professionnel. Celui-ci est susceptible d'être donné du vivant de l'EI, mais les règles de transfert sont-elles adaptées au particularisme de l'objet transmis⁵¹ ? En l'absence de donation, les règles successorales assurent-elles la pérennité du patrimoine professionnel et de l'entreprise⁵² ? N'est-il pas préférable de créer une société

⁴⁸ Q. Guiguet-Schiélé, L'articulation du nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur avec son régime matrimonial, *Gaz. Pal.* 2022, p. 45 ; C. Grare-Didier, EIRL et patrimoine conjugal, *préc.*, n° 40 et s., p. 21 et s.

⁴⁹ H. Lécuyer, *Entreprise et famille, préc.*, p. 54.

⁵⁰ A. Karm, *Entreprise individuelle, société et EIRL, quels critères de choix au regard des régimes matrimoniaux, in Le régime matrimonial du chef d'entreprise en 10 questions*, JCPN n° 1-2 12 janvier 2020, étude 1000, p. 31 et s.

⁵¹ N. Jullian, *La cession de patrimoine*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 174, 2018.

⁵² G. Drouot, *De l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée à l'entrepreneur individuel tout court*, RJPF 2022-4/32, p. 48 et s.

unipersonnelle pour transmettre son entreprise⁵³ ? L'étude présente donc de nombreux intérêts, tant théoriques que pratiques.

16. Plan. - Entre mutisme, insuffisance et manque de cohérence du législateur, juges, doctrine et praticiens libéraux devront réussir à cordonner le nouveau statut de l'EI avec le droit patrimonial de la famille, aussi bien du côté des régimes matrimoniaux (Partie 1) que de celui des successions et libéralités (Partie 2).

⁵³ M. Buchberger, Quel avenir pour les sociétés unipersonnelles ?, *in* Dossier spécial, La réforme de l'entreprise individuelle par la loi du 14 février 2022, RLDC 2022/202, n° 7095, p. 49 et s.

Partie 1 : L'accueil du statut de l'entrepreneur individuel en droit des régimes matrimoniaux

17. Contenu des régimes matrimoniaux. - Le droit des régimes matrimoniaux correspond à l'ensemble des règles patrimoniales régissant la situation des couples mariés. Ces règles peuvent être classées en deux catégories : celles applicables durant le régime et celles jouant à la fin de celui-ci, lors de sa dissolution et de sa liquidation.

Durant le régime, il faut qualifier les biens des époux. De la qualification des actifs dépendront les pouvoirs de gestion, qui eux-mêmes sont en corrélation avec les règles de passif. En effet, le pouvoir de gérer emporte celui d'engager les biens au titre du passif provisoire.

A la dissolution du régime, il importe de rechercher les mouvements entre les différentes masses de biens pour établir les récompenses et créances entre époux et remettre à chacun ce qui lui revient.

Articuler le statut de l'EI avec les régimes matrimoniaux implique de s'intéresser aux règles de qualification des biens, à celles qui gouvernent la gestion des biens, le sort du passif, ou encore les problèmes de liquidation. L'harmonisation des textes sera souvent délicate, pour la simple raison que la loi du 14 février 2022 est restée quasi muette sur la situation d'un EI marié.

18. Absence de difficulté sur la qualification des biens. - La coordination du droit des régimes matrimoniaux avec les règles définissant le statut de l'EI est parfois simple. Tel est le cas pour la qualification des biens des époux, aspect peu complexe sur lequel il ne sera plus revenu par la suite. La réforme de 2022 ne remet pas en cause les qualifications d'acquêts et de propres, comme l'indique la référence aux biens communs à l'article L. 526-26 du Code de commerce⁵⁴. Simplement, à la qualification de bien commun ou propre, se surajoute celle de bien professionnel pour les actifs classés dans le patrimoine professionnel de l'EI, et celle de bien personnel pour les autres. Il peut donc y avoir des biens communs professionnels, des actifs communs personnels, des biens propres professionnels, et des actifs propres personnels⁵⁵. Le

⁵⁴ S. Deville, Nouveau statut de l'entrepreneur individuel et régime matrimonial légal : une fausse bonne idée, GPL, 30 août 2022, n° GPL439j9, p. 44 ; M. Leroy, Regards croisés avec le droit patrimonial, *in* Premiers regards sur le nouveau statut d'entreprise individuelle, RJ com. 2022, p. 269 ; B. Saintourens, Le statut de l'entrepreneur individuel après la loi du 14 février 2022, RTD com. 2022, p. 447.

⁵⁵ I. Sérandour, L'articulation du statut de l'entrepreneur individuel avec le droit patrimonial de la famille, *in* La réforme du statut de l'entrepreneur individuel, sous la direction de J.-F. Hamelin et N. Jullian, LGDJ, Lextenso 2022, n° 469, p. 270 ;

même raisonnement s'applique aux régimes séparatistes dans lesquels peuvent figurer des biens personnels professionnels, des biens « *personnels personnels* »⁵⁶, des biens indivis professionnels et des biens indivis personnels⁵⁷.

19. Difficulté soulevée par la liquidation et le partage d'un régime communautaire.

- D'autres fois, les difficultés que fait naître la rencontre entre le droit des régimes matrimoniaux et le statut de l'EI n'appellent pas de longs commentaires, de sorte qu'elles ne seront pas développées dans la présente étude. Tel est le cas pour la liquidation du régime matrimonial et le partage des biens communs lorsqu'un membre du couple est EI⁵⁸. Le problème est le suivant. La liquidation d'un régime communautaire à la suite d'un divorce risque d'entraver la survie du patrimoine professionnel lorsque celui-ci est composé en partie de biens communs. Si ces derniers ne sont pas attribués à l'EI au moment du partage, le contenu du patrimoine professionnel s'en trouvera amenuisé, ce qui mettra en péril la poursuite de l'activité et réduira injustement le droit de gage des créanciers professionnels. L'EI ne pouvant plus continuer son activité professionnelle, le patrimoine professionnel volera en éclats. Le scénario sera le même en cas de décès du conjoint de l'EI⁵⁹, à supposer que le patrimoine professionnel comprenne des biens communs. En effet, le patrimoine professionnel risque d'être mis à mal si, lors du partage successoral, les biens communs professionnels sont attribués aux autres héritiers. La loi du 14 février 2022 n'apporte aucune solution à ces situations. L'attribution préférentielle de l'entreprise individuelle de l'article 831 du Code civil est une réponse possible⁶⁰. Cependant, l'attribution préférentielle n'est pas de droit en cas de dissolution de la communauté par divorce, le juge pouvant refuser son bénéfice à l'EI⁶¹. Il est aussi envisageable pour l'EI de prévoir, dans son contrat de mariage, une clause de prélèvement des biens communs inclus dans le patrimoine

⁵⁶ Le premier emploi de l'adjectif « *personnel* » correspond à la qualification issue des régimes matrimoniaux. La seconde fois, l'adjectif « *personnel* » renvoie aux biens du patrimoine privé de l'EI.

⁵⁷ C. Chwartz-Lair et C. Lisanti, Régimes matrimoniaux et nouveau statut de l'entrepreneur individuel, JCP N, 2022, n° 50, 1290, p. 56.

⁵⁸ C. Grare-Didier, EIRL et patrimoine conjugal, *préc.*, n° 14, p. 17. La Professeure explique à propos de l'EIRL, que la technique de la dualité patrimoniale « *n'offre aucun atout particulier en termes d'attribution des biens communs* » en cas de divorce. Dès lors, elle ne développe pas la liquidation du régime matrimonial dans la suite de son article. Nous ferons de même ici.

⁵⁹ En revanche, la question ne se pose pas lorsque le régime matrimonial est dissout par le décès de l'EI. En effet, par principe, dans cette hypothèse le patrimoine professionnel va disparaître à coup sûr, ce dernier étant réuni avec le patrimoine personnel de l'EI. Voir *infra* n° 353.

⁶⁰ C. Chwartz-Lair et C. Lisanti, Régimes matrimoniaux et nouveau statut de l'entrepreneur individuel, *préc.*, p. 59.

⁶¹ G. Goubeaux, Le divorce de l'EIRL, in *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz 2013, n° 14, p. 333.

professionnel en cas de dissolution de la communauté⁶². L'EI pourra alors prélever les biens communs utiles à son activité professionnelle, moyennant indemnité⁶³, et donc assurer le maintien de son patrimoine professionnel et la poursuite de son activité. Il serait malgré tout plus simple que le législateur intervienne, en créant une attribution préférentielle des biens communs inclus dans le patrimoine professionnel.

20. Difficultés spécifiques aux couples d'EI. - N'appelle pas non plus de longs commentaires l'hypothèse où les deux membres du couple sont EI. Deux difficultés particulières sont à évoquer : la question de la cotitularité du patrimoine professionnel et celle de sa composition.

Lorsque l'un et l'autre des conjoints sont EI, qu'ils exploitent ou non la même activité, ont-ils un seul patrimoine professionnel pour deux ou un chacun ? Chaque époux EI est à la tête d'un patrimoine professionnel différent de celui de son conjoint, et ce même s'ils exploitent ensemble un même fonds⁶⁴. En effet, puisque tout EI a un patrimoine professionnel de façon automatique, s'il y a deux EI, autant de patrimoines entrepreneuriaux se forment. Le fait que les EI soient mariés ne modifie pas la solution, faute de texte contraire. La difficulté ne réside pas dans la cotitularité, mais dans la composition des patrimoines professionnels.

Le patrimoine professionnel d'un EI comprend « *les biens, droits, obligations et sûretés dont il est titulaire et qui sont utiles à son ou ses activités professionnelles* », selon l'article L. 526-22, alinéa 2 du Code de commerce. L'expression « *dont il est titulaire* » signifie que seuls les biens sur lesquels l'EI jouit d'un droit de propriété figureront dans son patrimoine professionnel. Ainsi, si l'EI est marié sous un régime séparatiste, son patrimoine professionnel inclura uniquement ses biens personnels utiles à son activité, et non ceux de son conjoint. Quant au patrimoine professionnel d'un EI n° 1, commun en biens avec un EI n° 2, il comprendra les biens propres du premier. En revanche, les biens propres du second seront exclus du patrimoine

⁶² S. Deville, Nouveau statut de l'entrepreneur individuel et régime matrimonial légal : une fausse bonne idée, GPL, 30 août 2022, n° GPL439j9, p. 44 ; I. Sérandour, L'articulation du statut de l'entrepreneur individuel avec le droit patrimonial de la famille, *in* La réforme du statut de l'entrepreneur individuel, *préc.*, n° 498, p. 282.

⁶³ A. Karm, Le patrimoine affecté de l'EIRL et les régimes matrimoniaux, *Defrénois* 2011, 39217, n° 20, p. 576 ; Q. Guiguet-Schiélé, L'articulation du nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur avec son régime matrimonial, *Gaz. Pal.* 2022, n° 12, p. 47 ; C. Chwartz-Lair et C. Lisanti, Régimes matrimoniaux et nouveau statut de l'entrepreneur individuel, *préc.*, p. 59.

⁶⁴ Q. Guiguet-Schiélé, L'articulation du nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur avec son régime matrimonial, *Gaz. Pal.* 2022, n° 12, p. 44 ; R. Mortier, Le nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel, *Rev. dr. des sociétés*, n° 5 2022, étude 6, p. 9, n° 11.

professionnel de l'EI n° 1 car ce dernier n'en est pas titulaire⁶⁵. En ce qui concerne les biens communs, s'ils ne sont utiles qu'à un des époux, ils entreront dans son seul patrimoine professionnel. Le bien commun au couple, utilisé pour l'activité des deux époux, peut-il figurer dans leurs patrimoines professionnels respectifs, ou doit-il être compris dans un seul des patrimoines entrepreneuriaux ? Sous l'EIRL, le législateur avait répondu à la question en prévoyant, à l'article L. 526-11 du Code de commerce, qu'un bien commun ou indivis « *ne peut entrer dans la composition que d'un seul patrimoine affecté* ». Dès lors, si les époux étaient tous deux EIRL, ils devaient choisir lequel des patrimoines affectés accueillerait le bien commun. Sous l'EI, le législateur est resté silencieux. Selon Monsieur Quentin Guiguet-Schielé, le mutisme légal trouve son origine dans l'impossibilité pour un même EI d'être à la tête de plusieurs patrimoines professionnels. Alors que, sous l'EIRL, un entrepreneur pouvait constituer plusieurs patrimoines affectés, le statut instauré par la loi du 14 février 2022 n'autorise qu'un patrimoine professionnel par EI. Le législateur de 2022 en pensant à la règle « *un EI = un seul patrimoine professionnel* », a jugé sans intérêt de reprendre la solution de l'article L. 526-11 du Code de commerce. Les parlementaires ont oublié qu'un même bien pourrait intégrer deux patrimoines professionnels lorsque l'EI est en communauté avec un autre EI. Que faut-il déduire du silence légal ? Aucune disposition applicable à l'EI ne prohibant l'inclusion d'un bien commun ou indivis dans plusieurs patrimoines professionnels, l'acquêt utile à la profession des deux époux devrait figurer dans le patrimoine entrepreneurial de chacun d'eux⁶⁶. Le caractère automatique de l'entrée des biens utiles dans le patrimoine professionnel invite aussi à retenir cette solution.

Subsistent d'autres problèmes d'articulation, touchant de manière indifférenciée tous les EI mariés, quelle que soit la profession du conjoint. Ces difficultés sont de deux ordres. Les premières ont trait aux pouvoirs des époux car le renvoi législatif aux articles 1421 et suivants du Code civil est insuffisant (Titre 1). Les secondes touchent au passif du couple, point sensible non évoqué par la réforme de 2022 (Titre 2).

⁶⁵ R. Mortier, Le nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel, *préc.*, p. 8, n° 8 ; Q. Guiguet-Schielé, L'articulation du nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur avec son régime matrimonial, *préc.*, p. 44

⁶⁶ *Ibid.*

Titre 1 : L'insuffisant renvoi légal aux règles classiques de pouvoirs des régimes matrimoniaux

21. Autonomie professionnelle et protection de la famille : un équilibre à établir. - Les règles de pouvoirs des époux doivent combiner plusieurs impératifs. D'un côté, il faut assurer l'égalité des époux dans la gestion de leurs biens communs, afin que l'un ne prenne pas des décisions graves sans l'autre au détriment de l'intérêt de la famille. D'un autre côté, il est nécessaire de laisser une part d'indépendance et de liberté à chacun dans la gestion des biens. L'équilibre est difficile à trouver entre l'intérêt de la collectivité que forme la famille et l'intérêt égoïste de l'époux qui exerce une activité professionnelle individuelle. Les pouvoirs de gestion doivent alors protéger la famille contre les risques des affaires tout en conférant à l'EI une certaine autonomie professionnelle.

22. Renvoi opéré par l'article L. 526-26 du Code de commerce. - Face à ces intérêts parfois contradictoires, on aurait pu penser que le législateur consacrerait plusieurs articles à l'articulation des règles de pouvoirs des régimes matrimoniaux avec le statut de l'EI. Or il n'en est rien. Un seul texte, l'article L. 526-26 du Code de commerce, traite de la question. Il s'agit même de la seule disposition du statut de l'EI portant sur les régimes matrimoniaux. Cet article se contente d'expliquer que la section 3 sur le statut de l'entrepreneur individuel « *s'entend sans préjudice des pouvoirs reconnus aux époux pour administrer leurs biens communs et en disposer* ». Le renvoi aux seules règles des régimes matrimoniaux est-il suffisant pour combiner correctement les deux matières ? Il est possible d'en douter, aussi bien pour le régime légal (Chapitre 1) que pour les régimes conventionnels (Chapitre 2).

Chapitre 1 : En présence d'un entrepreneur individuel marié sous le régime légal

23. Importance de la question à deux stades successifs. - Pour l'EIRL, s'enquérir des pouvoirs des époux présente un intérêt lors de l'affectation, que ce soit au moment de l'adoption initiale du statut ou après coup à titre additionnel. Intérêt qui resurgit à l'occasion de la gestion des biens et des patrimoines de l'EIRL. L'article L. 526-11 du Code de commerce soumet l'affectation d'un bien commun à l'accord exprès du conjoint de l'EIRL qui doit, en outre, avoir été informé au préalable sur les droits des créanciers.

Avec le nouveau statut de l'EI, dans un souci de simplicité, il n'y a pas de déclaration d'affectation : automaticité de la dualité patrimoniale et absence de formalisme pour en

bénéficiaire sont les mantras de la réforme⁶⁷. Dès lors, la question des pouvoirs devrait se limiter à la gestion des biens après que ceux-ci aient été classés dans le patrimoine professionnel ou personnel, en fonction de leur utilité à l'activité de l'EI. Cependant, par souci de comparaison avec l'EIRL, il faut s'interroger sur le rôle des époux dans la mise en patrimoine professionnel d'un bien commun (Section I), avant d'étudier les pouvoirs de gestion des biens et les prérogatives des époux sur les opérations relatives aux patrimoines de l'EI (Section II).

Section I : Les pouvoirs relatifs à l'entrée d'un bien commun dans le patrimoine professionnel

24. Comparaison entre EIRL et EI. - Les dispositions applicables à l'EIRL lui imposent de recueillir le consentement de son époux pour affecter un bien commun à son activité professionnelle. Le statut de l'EIRL n'ayant été abrogé que pour l'avenir, la règle est toujours d'actualité. Les EIRL préexistants doivent s'y plier s'ils envisagent d'insérer un bien commun dans le patrimoine affecté (§1). Dans le silence de la loi du 14 février 2022, l'intégration d'un bien commun dans le patrimoine professionnel de l'EI ne semble pas nécessiter l'accord de son conjoint (§2).

§1- Une mise en patrimoine professionnel subordonnée à l'accord du conjoint sous le régime de l'EIRL

25. Qualification des biens affectés. - Que l'actif soit propre ou commun, son insertion dans le patrimoine affecté suppose une formalité déclarative. Le bien reste propre ou commun selon sa nature⁶⁸ mais il revêt, en plus, la qualité de bien professionnel.

26. Affectation d'un bien commun soumise à cogestion. - L'article L. 526-11 du Code de commerce interdit à l'EIRL d'inclure dans son patrimoine affecté des biens communs sans l'accord de son conjoint. Autrement dit, la cogestion, c'est-à-dire l'intervention des deux époux, est de mise pour attirer un bien commun au patrimoine affecté.

⁶⁷ Q. Némoz-Rajot, Une protection patrimoniale renforcée et simplifiée, *in* Dossier spécial, La réforme de l'entreprise individuelle par la loi du 14 février 2022, RLDC 2022/202, n° 7089, p. 32.

⁶⁸ H. Lécuyer, *Entreprise et famille, préc.*, p. 54.

27. Objectif de protection de l'époux de l'EIRL. - En exigeant l'intervention du conjoint de l'EIRL à la déclaration d'affectation d'un bien commun, le législateur entend le protéger. L'époux de l'EIRL ne se retrouve pas impuissant face au choix de son conjoint de soustraire un bien commun au patrimoine personnel pour l'intégrer dans le patrimoine affecté : il peut refuser de consentir à l'opération pour préserver l'acquêt des griffes des créanciers professionnels.

28. Information préalable du conjoint de l'EIRL. - Afin que l'époux de l'EIRL puisse se prononcer en connaissance de cause, une information préalable lui est délivrée. L'information consiste à expliquer quels seront les droits des créanciers professionnels de l'EIRL sur le bien commun si le conjoint consent à l'affectation. L'époux de l'EIRL sait donc que, s'il accepte l'affectation du bien commun, celui-ci gonflera l'assiette du droit de gage des créanciers professionnels de son conjoint.

Cette information a toutefois été jugée « *mal ciblée et par là profondément inutile* »⁶⁹, A bien y réfléchir, le fait que les créanciers professionnels de l'EIRL puissent appréhender le bien commun affecté n'est pas le véritable danger. Le principal inconvénient pour le conjoint de l'EIRL réside en la réduction des chances d'obtenir des financements pour les projets personnels du couple. En effet, l'intégration d'un bien commun dans le patrimoine affecté rend plus difficile l'octroi d'un crédit pour des besoins privés, les créanciers personnels ayant alors moins de biens dans leur droit de gage⁷⁰. L'information délivrée devrait donc plutôt porter sur les risques en termes d'obtention de financements personnels.

29. Sanction. - Si l'époux de l'EIRL n'est pas correctement informé et/ou si la déclaration d'affectation d'un bien commun est accomplie sans lui, celle-ci sera inopposable. Cette sanction a étonné certains auteurs⁷¹, l'irrespect de la cogestion entraînant d'habitude la nullité de l'acte⁷². L'article L. 526-11 du Code de commerce ne précise pas à qui l'acte est inopposable. Il s'agit sans doute du conjoint⁷³.

30. De l'EIRL à l'EI. - Le mécanisme élaboré par l'article L. 526-11 du Code de commerce, même s'il se veut protecteur du conjoint de l'EIRL, présente des failles. Ces

⁶⁹ C. Grare-Didier, EIRL et patrimoine conjugal, *préc.* n° 26, p. 19.

⁷⁰ F. Sauvage, l'EIRL familiale, RJPJF 2010-10/11, p. 10.

⁷¹ C. Grare-Didier, EIRL et patrimoine conjugal, *préc.* n° 28, p. 20.

⁷² Article 1427 du Code civil.

⁷³ C. Grare-Didier, EIRL et patrimoine conjugal, *préc.* n° 30, p. 20.

faiblesses ont conduit des auteurs à s'interroger sur la pertinence d'une cogestion en la matière⁷⁴. Le débat a été ravivé, la loi du 14 février 2022 ayant instauré une entrée automatique des biens utiles à l'activité professionnelle de l'EI dans son patrimoine professionnel.

§2- Une mise en patrimoine professionnel sans intervention du conjoint sous le régime de l'EI

31. Cogestion exclue. - La réforme de 2022 prévoit que tous les biens utiles à l'activité professionnelle de l'EI intègrent automatiquement son patrimoine professionnel. C'est un critère objectif, qui se désintéresse de la volonté des personnes. L'absence de cogestion pour la mise en patrimoine professionnel d'un bien commun découle de cette automaticité (A) et provoque un débat sur l'éviction du conjoint lors de cette étape cruciale (B).

A) L'entrée automatique dans le patrimoine professionnel des biens utiles à l'activité

32. Dualité patrimoniale et composition des patrimoines imposées à l'EI. - Avec la loi du 14 février 2022, tout EI se retrouve, qu'il le souhaite ou non, à la tête de deux patrimoines. En plus de ne pas pouvoir opter pour un patrimoine unique⁷⁵, l'EI se voit imposer la composition de ses patrimoines. Les biens, droits, obligations et sûretés utiles à son activité figurent obligatoirement dans son patrimoine professionnel. L'EI n'a pas le choix, le dispositif étant automatique.

33. Faible emprise de la volonté des époux. - Si un bien commun est utile à l'activité l'EI, il est de plein droit rattaché au patrimoine professionnel. Ni l'EI ni son époux n'ont le pouvoir d'éviter l'aspiration de ce bien dans le patrimoine professionnel⁷⁶. Le seul moyen de l'en soustraire serait de rendre le bien inutile à l'activité, ce qui est difficilement concevable pour des biens tels qu'un fonds de commerce, une machine ou du matériel. Aucune cogestion n'est prévue, faute d'équivalent à l'article L. 526-11 du Code de commerce⁷⁷. Le conjoint de l'EI n'a même pas à être informé de la mise en patrimoine professionnel⁷⁸.

⁷⁴ Voir *infra* n° 41.

⁷⁵ F. Masson, Séparation automatique des patrimoines et théorie du patrimoine, *préc.*, n° 6, p. 41

⁷⁶ Q. Guiguet-Schiélé, L'articulation du nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur avec son régime matrimonial, *préc.*, p. 45.

⁷⁷ T. Revet, La désubjectivation du patrimoine, *préc.*, n° 13, p. 474.

⁷⁸ C. Bourdair-Mignot, Et 1, et 2, et 3 : exit le conjoint de l'entrepreneur individuel ! Contribution au colloque Le nouveau statut de l'entreprise individuelle. Pour qui ? Pour quoi ?, consultable sur le site internet de CEDCACE

34. Absence de formalités déclaratives imposées à l'EI. - Sous l'EIRL, la cogestion avait pu être adoptée car la soumission à ce statut était facultative. Le maître mot était la volonté, tant pour la scission patrimoniale que pour la composition des patrimoines. Du rôle central de la volonté sous l'EIRL, découlait un formalisme important, avec déclaration d'affectation pour se soumettre au statut et préciser la constitution de chaque patrimoine. Sous l'EI, la dissociation patrimoniale est devenue obligatoire : cette automaticité implique une absence de formalisme et de déclaration d'affectation. C'est ce changement de philosophie, avec passage de la volonté à l'automaticité qui a conduit à prévoir la cogestion dans le premier cas, et pas dans le second⁷⁹. La différence de régime ne convainc pas tous les auteurs : certains estiment que l'exigence d'une cogestion devrait être rétablie, alors que d'autres approuvent le nouveau système.

B) L'éclipse du conjoint de l'entrepreneur lors de la mise en patrimoine professionnel d'un bien commun

35. Divergences doctrinales. - Les auteurs apprécient de manière variable l'absence de toute coopération juridique du conjoint de l'EI à l'entrée d'un bien commun dans le patrimoine professionnel. Certains déplorent que la cogestion ne soit pas requise⁸⁰, et invitent à l'instaurer comme sous l'EIRL (1). D'autres félicitent le législateur d'avoir, par son silence, exclu la cogestion au stade de la mise en patrimoine (2).

1) Les arguments en faveur de la cogestion

36. Risque de mise en patrimoine professionnel d'un bien commun à l'insu du conjoint. - Les auteurs favorables à la cogestion alertent sur les conséquences, pour le conjoint, de l'insertion d'un bien commun dans le patrimoine professionnel. N'importe quel bien

Nanterre, n° 5 ; S. Tisseyre, La constitution et la composition du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel, *préc.*, p. 36 ; R. Mortier, Le nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel, *préc.*, p. 8 ; D. Poracchia et J.-N. Stoffel, Panorama sur le nouveau statut d'entrepreneur individuel, art. *préc.*, p. 55.

⁷⁹ Q. Guiguet-Schiélé, L'articulation du nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur avec son régime matrimonial, *préc.*, p. 45 ; E. Guégan et R. Mortier, Les contours du patrimoines professionnels, *in* La réforme du statut de l'entrepreneur individuel, *préc.*, n° 104, p. 58.

⁸⁰ Certains estiment même que le consentement du conjoint ou du moins son information sont toujours nécessaires pour affecter un bien commun dans le patrimoine professionnel ; B. Saintourens, Le statut de l'entrepreneur individuel après la loi du 14 février 2022, RTD com. 2022, p. 447

commun peut entrer dans le patrimoine professionnel de l'EI, sans que son époux le sache⁸¹. Désarmé face à d'éventuelles initiatives aventureuses de l'EI, son conjoint n'est pas en mesure de protéger l'acquéit contre les poursuites des créanciers professionnels.

37. Risque pour le crédit personnel du couple. - L'entrée d'un bien commun dans le patrimoine professionnel va réduire l'assiette du droit de gage des créanciers personnels du couple. En effet, le bien commun, happé par le patrimoine professionnel, est soustrait de leur droit de gage pour alimenter celui des créanciers professionnels, selon l'article L. 526-22 du Code de commerce. Le patrimoine personnel, dont les biens constituent l'assiette du droit de poursuite des créanciers personnels, étant moins important, il sera plus difficile pour le couple d'accéder à un crédit pour leurs projets privés⁸².

Dès lors, l'absence de cogestion pour l'entrée en patrimoine professionnel d'un bien commun préjudicie au conjoint de l'EI. Son consentement n'étant pas requis à ce stade, il ne peut en effet empêcher cette mise en patrimoine et protéger son crédit personnel. Pour qu'il ne soit plus démuné, la cogestion devrait être restaurée selon certains auteurs⁸³.

Cette même remarque avait été émise sous l'EIRL, afin de justifier l'existence d'une cogestion en la matière⁸⁴.

38. Risque pour le conjoint devenu créancier personnel de l'EI. - L'absence de cogestion pour la mise en patrimoine professionnel peut se révéler problématique dans l'hypothèse où le conjoint de l'EI devient son créancier personnel⁸⁵. C'est le cas si le conjoint de l'EI, après un divorce, bénéficie d'une prestation compensatoire, dispose d'une créance entre époux, ou est créancier du solde de récompense. Dans toutes ces hypothèses, la créance de l'époux de l'EI étant étrangère à l'activité professionnelle de l'EI, le droit de gage se limitera aux seuls biens du patrimoine personnel, selon l'article L. 526-22 du Code de commerce. L'époux de l'EI ne peut pas saisir les biens du patrimoine professionnel. De la sorte, un bien

⁸¹ S. Tisseyre, La constitution et la composition du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel, *préc.*, p. 36 ; B. Dondero, Place à l'entrepreneur individuel à deux patrimoines (EI2P) !, *préc.*, n° 59, p. 206 ; M. Leroy, Regards croisés avec le droit patrimonial, *préc.*, p. 268.

⁸² I. Dauriac et C. Grare-Didier, Famille, entreprise, les deux vies de l'entrepreneur individuel, in Dossier La réforme de l'entreprise individuelle, Ingénierie patrimoniale, janvier 2023, p. 28, n° 11.

⁸³ Q. Guiguet-Schiélé, L'articulation du nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur avec son régime matrimonial, *préc.*, p. 45.

⁸⁴ F. Sauvage, l'EIRL familiale, *préc.*, p. 10 ; F. Vauvillé, Commentaire de la loi du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, Defrénois 2010, art. 39144.

⁸⁵ A.-M. Leroyer et J.-F. Pillebout, EIRL et droit des régimes matrimoniaux et des successions, in L'EIRL, l'entrepreneur à responsabilité limitée, sous la direction de F. Terré, LexisNexis Litec 2011, coll. Droit 360°, n° 280 et n° 281, p. 117.

commun qui est entré dans le patrimoine professionnel de l'EI, puis lui a été attribué après le divorce, est insaisissable par son conjoint devenu créancier personnel. Si le bien commun était demeuré hors du patrimoine professionnel de l'EI, le conjoint aurait pu l'appréhender.

Ainsi, privé de cogestion, le conjoint de l'EI ne peut anticiper l'éventualité où il deviendrait créancier personnel de son époux, et se prémunir en refusant la mise en patrimoine professionnel d'un bien commun. Si la cogestion était de mise, il pourrait, dans l'optique d'un divorce, empêcher l'imbrication d'un bien commun dans le patrimoine professionnel. En l'absence de gestion conjointe, le conjoint de l'EI est réduit à l'impuissance : le bien commun utile à l'activité professionnelle de son époux lui échappera dans l'hypothèse où il aurait, par exemple, à recouvrer une prestation compensatoire après divorce. Pour cette raison, le conjoint de l'EI passe pour un « *protagoniste sacrifié* »⁸⁶.

39. La mise en patrimoine professionnel, acte d'affectation ? - Le rejet de la cogestion pour la mise en patrimoine professionnel d'un bien commun se justifie par le caractère impératif de la composition des patrimoines, qui laisse peu de place à la volonté de l'EI. En effet, dès qu'un bien est utile à la profession de l'EI, il passe dans son patrimoine professionnel.

Cet argument paraît *a priori* implacable. Cependant, certains auteurs s'interrogent sur le caractère objectif de l'entrée en patrimoine professionnel et estiment qu'il y a une part de subjectivité, et donc de choix, dans cette opération⁸⁷. L'utilisation d'un bien pour son activité professionnelle traduit une volonté sous-jacente de l'EI d'inclure cet actif dans son patrimoine professionnel. Monsieur Quentin Guiguet-Schiélé y voit « *un fait juridique volontaire, voir un acte juridique implicite* » de l'EI⁸⁸. Cet « *acte* » serait-il un acte d'affectation⁸⁹ ? « *L'affectation résulte d'un acte de volonté* »⁹⁰ par lequel une personne soumet « *un ou plusieurs biens à un usage déterminé* »⁹¹. D'une certaine manière, même si l'EI est obligé d'incorporer dans son patrimoine professionnel les biens utiles, il dispose d'un choix, d'une marge de manœuvre, en décidant de rendre ou non un bien utile à sa profession. Autrement dit, l'EI sait qu'en utilisant un bien commun pour son activité, celui-ci pénétrera dans le patrimoine professionnel. L'EI

⁸⁶ Madame Clothilde Grare-Didier employait cette expression à propos de l'EIRL (EIRL et patrimoine conjugal, *préc.*, n° 45, p. 22), qui est aussi adaptée au conjoint de l'EI.

⁸⁷ Y. Judeau et T. Leobon, Des prémices à la reconnaissance du patrimoine professionnel, *préc.*, n° 55 à 56, p. 40 ; T. Revet, La désobjectivation du patrimoine, *préc.*, n° 13, p. 474.

⁸⁸ Q. Guiguet-Schiélé, L'articulation du nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur avec son régime matrimonial, *préc.*, p. 45.

⁸⁹ Sur la notion d'affectation, voir S. Guinchard, L'affectation des biens en droit privé français, thèse Lyon 1974, Bibliothèque de droit privé, Tome CXLV, LGDJ 1976, n° 14 et n° 20 et s. ; G. Wicker, Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique, Bibliothèque de droit privé, Tome 253, LGDJ 1996, n° 314 et s.

⁹⁰ S. Guinchard, L'affectation des biens en droit privé français, *préc.*, n° 399, p. 343.

⁹¹ A. Henry, De la subrogation réelle conventionnelle et légale, thèse Nancy 1913, p. 9 et p. 124.

décide, par ce biais, de la mise en patrimoine professionnel du bien commun. Il y a donc une part de subjectivité, de volonté. Ainsi, l'entrée en patrimoine professionnel serait un acte d'affectation, même s'il n'y a plus de déclaration éponyme⁹².

Si le fait de rendre un bien commun utile à l'activité professionnelle de l'EI et, par là-même, de l'intégrer à son patrimoine professionnel, constitue un acte d'affectation, la cogestion ne devrait-elle pas être de rigueur comme c'était déjà le cas sous l'EIRL ? Des auteurs ne le croient pas et approuvent l'absence de gestion conjointe.

2) Les arguments contre la cogestion

40. Raisons diverses de rejeter la cogestion. - La plupart des auteurs ont accueilli avec bienveillance le refoulement de la cogestion pour la mise en patrimoine professionnel d'un bien commun. De nombreux arguments peuvent être avancés contre la cogestion au moment de l'entrée en patrimoine. Déjà émis en 2010 au temps de l'EIRL pour critiquer la cogestion instaurée par le législateur, ils sont transposables à la situation de l'EI, mais pour saluer l'abandon de la gestion conjointe.

41. Parallèle avec les biens nécessairement affectés sous l'EIRL. - Du point de vue de l'actif, deux types de biens entrent dans le patrimoine affecté de l'EIRL. D'une part, les biens nécessaires à l'activité professionnelle de l'EIRL intègrent à coup sûr le patrimoine affecté. D'autre part, les biens utiles à son activité peuvent gonfler ledit patrimoine. Leur affectation n'est pas obligatoire mais facultative, car il faut que l'EIRL exprime une volonté en ce sens. L'entrée en patrimoine affecté des biens nécessaires à la profession étant obligatoire, « *on comprend que pour eux la volonté [de l'EIRL] devrait être impuissante à tenir ces biens éloignés de son patrimoine affecté* »⁹³. Dès lors, l'article L. 526-11 du Code de commerce, qui impose la cogestion pour affecter des biens, ne concerne pas ceux nécessaires à la profession de l'EIRL. Son domaine se limite aux seuls biens utiles à l'activité professionnelle, pour lesquels l'entrée en patrimoine affecté n'est pas automatique.

Si le caractère obligatoire de l'intégration des biens nécessaires à l'activité de l'EIRL tient en échec la cogestion, il devrait en aller de même pour les biens utiles à la profession de l'EI,

⁹² Q. Guiguet-Schiélé, L'articulation du nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur avec son régime matrimonial, *préc.*, p. 45.

⁹³ C. Grare-Didier, EIRL et patrimoine conjugal, *préc.*, n° 22, p. 19.

qui eux aussi rejoignent le patrimoine professionnel de façon mécanique. Cette automaticité justifie l'absence de gestion conjointe au stade de l'entrée en patrimoine.

42. Comparaison avec l'insaisissabilité de la résidence principale et d'autres biens fonciers. - L'article L. 526-1 du Code de commerce, texte s'appliquant à la fois aux EI et aux EIRL, pose le principe d'insaisissabilité de la résidence principale par les créanciers professionnels de l'entrepreneur⁹⁴. L'insaisissabilité est de plein droit, c'est-à-dire joue sans qu'une déclaration notariée soit nécessaire, depuis la loi Macron du 6 août 2015⁹⁵. Sur déclaration notariée, l'entrepreneur peut aussi rendre insaisissables les biens fonciers bâtis ou nus, non affectés à un usage professionnel. La déclaration d'insaisissabilité est unilatérale, c'est-à-dire que l'intervention du conjoint de l'EI n'est pas requise pour mettre le bien commun hors de portée des créanciers professionnels⁹⁶. L'absence de cogestion s'explique car la déclaration d'insaisissabilité profite au conjoint de l'entrepreneur. En effet, cette déclaration protège certains biens contre les attaques des créanciers professionnels de l'EI. Puisque l'insaisissabilité est favorable à l'époux de l'EI, son consentement n'est pas requis pour la déclaration.

Forte de ce constat, Madame Anne Karm fait le parallèle avec l'opération de mise en patrimoine professionnel d'un bien commun sous l'EIRL⁹⁷. L'auteure s'étonne que l'affectation d'un bien commun soit soumise à cogestion, alors que le conjoint de l'EIRL n'intervient pas dans la déclaration d'insaisissabilité. Pour elle, la déclaration d'affectation devrait être effectuée par l'EIRL seul car, comme la déclaration d'insaisissabilité, elle amenuise le droit de gage de certains créanciers de l'EIRL. En effet, le bien commun affecté à l'activité professionnelle de l'EIRL est insaisissable par ses créanciers personnels. Le conjoint de l'EIRL s'en trouve protégé, moins de créanciers pouvant appréhender le bien.

Le raisonnement conserve son intérêt si l'on l'applique à l'EI, pour justifier l'absence de cogestion des mises en patrimoine professionnel.

43. Protection du bien contre les créanciers personnels. - En phase avec ce dernier argument, de nombreux auteurs ont signalé, à propos de l'EIRL ou de l'EI, que l'incorporation d'un bien commun au patrimoine professionnel était bénéfique au conjoint. L'absence de

⁹⁴ G. Yildirim, Répertoire de droit civil, V° Communauté légale : répartition des dettes, n° 117 à 121.

⁹⁵ Loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, article 208.

⁹⁶ M. Dagot, Déclaration d'insaisissabilité, JCI. Notarial Formulaire, fasc. 10, n° 24 et 25 ; A.-M. Leroyer et J.-F. Pillebout, EIRL et droit des régimes matrimoniaux et des successions, *préc.*, n° 265, p. 114.

⁹⁷ A. Karm, Le patrimoine affecté de l'EIRL et les régimes matrimoniaux, *préc.*, n° 10.

cogestion « s'explique au motif que la constitution du patrimoine professionnel ne lèse pas le conjoint, mieux il le protégerait »⁹⁸. Certes l'entrée en patrimoine professionnel du bien commun permet aux créanciers professionnels de le saisir en cas de non-règlement de leur créance par l'EI, ce qui peut sembler dangereux⁹⁹. Cependant, l'arrivée du bien commun dans le patrimoine professionnel le soustrait du droit de gage des créanciers personnels de l'EI. Dès lors, la mise en patrimoine professionnel « ne présente pas de dangerosité particulière ». L'opération consiste « plus [à] protéger ce bien d'une catégorie de créanciers – les créanciers personnels - que de l'offrir à une autre »¹⁰⁰. Imposer la cogestion apparaît ainsi comme une précaution superflue, allant à l'encontre de l'objectif de simplification par rapport au régime de l'EIRL¹⁰¹.

44. Un progrès au service de l'autonomie professionnelle. - L'entrée en patrimoine professionnel d'un bien utile à l'activité professionnelle de l'EI a été perçue, par certains auteurs¹⁰², comme un acte d'administration ou de disposition soumis à la gestion exclusive de l'article 1421, alinéa 2 du Code civil¹⁰³. Dès lors, le conjoint de l'EI, alors même que le bien est commun, n'a pas son mot à dire sur l'inclusion de cet élément dans le patrimoine professionnel. Imposer la gestion conjointe en la matière reviendrait à entraver « la quête d'autonomie professionnelle de l'entrepreneur individuel »¹⁰⁴. La cogestion doit ainsi s'effacer au profit de la gestion exclusive.

45. Indifférence de la qualification d'acte d'affectation. - Certains auteurs pensent que la mise en patrimoine professionnel constitue un acte d'affectation, bien que le législateur n'utilise pas cette terminologie à propos de l'EI¹⁰⁵. L'acte d'affectation d'un bien commun étant soumise à cogestion sous l'EIRL, on pourrait, par analogie, penser que la gestion conjointe s'impose aussi dans le régime de l'EI. En réalité, même si la mise en patrimoine professionnel

⁹⁸ S. Tisseyre, La constitution et la composition du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel, *préc.*, p. 36

⁹⁹ Q. Guiguet-Schiélé, L'articulation du nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur avec son régime matrimonial, *préc.*, p. 45.

¹⁰⁰ C. Grare-Didier, EIRL et patrimoine conjugal, *préc.*, n° 28, p. 19 à 20.

¹⁰¹ Q. Némoz-Rajot, Une protection patrimoniale renforcée et simplifiée, *in* Dossier spécial, La réforme de l'entreprise individuelle par la loi du 14 février 2022, p. 32.

¹⁰² Voir déjà en ce sens, sous le régime de l'EIRL, I. Dauriac et C. Grare-Didier, *Projet d'EIRL : l'enjeu pour la famille*, Defrénois 2010, art. 39096, p. 819 et s.

¹⁰³ Pour plus de précision sur cet article, voir *infra* n° 53 et n° 56.

¹⁰⁴ A. Karm, Le patrimoine affecté de l'EIRL et les régimes matrimoniaux, *préc.*, n° 10.

¹⁰⁵ Voir *supra* n° 39.

pourrait s'apparenter à un acte d'affectation, ce qui n'est déjà pas certain¹⁰⁶, il est impossible d'en inférer l'exigence d'une cogestion. En effet, pour qu'il y ait cogestion, il faut qu'un texte le prévoie, la liste des actes s'y trouvant soumis étant limitative¹⁰⁷. Or aucune disposition n'impose la cogestion pour tous les actes d'affectation de manière indifférenciée. Certes, l'article L. 526-11 du Code de commerce exige le consentement du conjoint pour l'affectation d'un bien commun, mais ce texte se limite aux seuls EIRL, comme l'indique la section dans laquelle il figure : « *De l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée* ». Puisqu'aucune disposition ne prévoit de gestion conjointe pour les actes d'affectation en général, ni pour ceux réalisés par l'EI, la cogestion ne saurait être retenue pour la mise en patrimoine professionnel d'un bien commun.

46. Qualification d'acte de disposition insuffisante pour retenir la cogestion. - Il serait tentant d'imposer la cogestion, au motif que la mise en patrimoine professionnel est un acte de disposition. Le mécanisme répond en effet à la définition de l'acte de disposition donnée par Gérard Cornu, lequel y voit « *une opération grave qui entame ou engage un patrimoine pour le présent ou l'avenir, dans ses capitaux ou sa substance* »¹⁰⁸. Par l'affectation, le patrimoine personnel de l'EI est entamé dans sa substance, un bien commun quittant cette universalité pour intégrer le patrimoine professionnel.

A l'évidence, l'entrée en patrimoine professionnel d'un bien commun est un acte de disposition. Ce constat est néanmoins un peu court pour affirmer que la cogestion s'impose. Il faut éviter l'amalgame entre acte de disposition et gestion conjointe. Un acte de disposition ne sera soumis à cogestion que s'il est recensé aux articles 1422 à 1425 du Code civil¹⁰⁹. A défaut, le principe de la gestion concurrente s'applique, la liste étant limitative. Par exemple, la vente d'un meuble commun est un acte de disposition mais, ne figurant pas aux articles précités, la gestion concurrente est de mise. Ainsi, l'un des époux pourra vendre le meuble seul.

La qualification d'acte de disposition ne permet donc pas, à elle seule, de retenir la cogestion. La gestion conjointe ne s'applique que si la mise en patrimoine professionnel correspond à l'un des actes listés aux articles 1422 et suivants du Code civil. Pour que ce soit

¹⁰⁶ En effet, certains auteurs n'analysent pas la mise en patrimoine professionnel comme un acte juridique. Voir R. Mortier, *Le nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel*, préc., p. 9, n° 11 : « *L'affectation au nouveau patrimoine professionnel est purement factuelle* ».

¹⁰⁷ Voir *infra* n° 53.

¹⁰⁸ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, préc., p. 308.

¹⁰⁹ Voir la liste des actes soumis à cogestion au n° 53.

le cas, il faudrait pouvoir qualifier d'aliénation¹¹⁰ l'entrée en patrimoine professionnel d'un bien commun.

47. Acte inassimilable à une aliénation. - Est-il réaliste de considérer l'entrée en patrimoine comme une aliénation ?

Monsieur Michel Leroy réfute la qualification de cession à titre onéreux, aucun transfert de propriété n'étant constaté¹¹¹. Les propriétaires du bien commun, à savoir l'EI et son conjoint, restent les mêmes malgré le passage de cet acquêt du patrimoine personnel de l'EI à son patrimoine professionnel. En effet, peu importe dans quel patrimoine le bien commun se situe, puisque l'EI est propriétaire de tous les biens contenus dans chacun d'eux¹¹². De plus, le conjoint de l'EI en reste aussi propriétaire, le changement de patrimoine n'ayant aucune incidence sur la qualification des biens et leur propriété¹¹³. Faute d'un changement de propriétaire, la mise en patrimoine professionnel d'un bien commun ne constitue pas une aliénation à titre onéreux, et échappe ainsi à la cogestion.

Pour la même raison, la qualification de donation, autre acte pour lequel la gestion conjointe est exigée, ne peut pas être retenue : l'exigence d'un transfert de propriété manque.

48. *Quid* après rattachement des biens à l'un des patrimoines ? - Au stade de la mise en patrimoine professionnel, la gestion conjointe est donc exclue. En revanche, certaines hypothèses de cogestion se présenteront après l'entrée des biens de l'EI dans l'un de ses deux patrimoines.

Section II : Les pouvoirs consécutifs à l'entrée de biens dans l'un des patrimoines de l'entrepreneur individuel

49. Pertinence ou insuffisance des règles classiques de pouvoirs ? - Une fois les biens de l'EI placés dans l'un ou l'autre de ses patrimoines, il faut assurer leur gestion. Sur ce point, l'article L. 526-26 du Code de commerce, seule disposition de la loi du 14 février 2022 à traiter

¹¹⁰ Ces actes étant soumis à cogestion.

¹¹¹ M. Leroy, Regards croisés avec le droit patrimonial, *in* Premiers regards sur le nouveau statut d'entreprise individuelle, RJ com. 2022, p. 268.

¹¹² Q. Guiguet-Schiélé, L'articulation du nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur avec son régime matrimonial, *préc.*, p. 45.

¹¹³ S. Deville, Nouveau statut de l'entrepreneur individuel et régime matrimonial légal : une fausse bonne idée, *préc.*, p. 44.

de l'EI marié, renvoie aux règles classiques de pouvoirs des régimes matrimoniaux. Cette référence suffit à déterminer l'étendue des pouvoirs de chaque époux dans la plupart des situations (§1). Cependant, ce simple renvoi se révèle insuffisant pour définir les pouvoirs du conjoint de l'EI dans deux cas : la renonciation à la dualité patrimoniale au profit d'un créancier professionnel, et le transfert universel du patrimoine professionnel (§2).

§1- Des règles classiques généralement adéquates

50. Variation des règles selon la qualification du bien. - Les règles de pouvoirs des régimes matrimoniaux diffèrent suivant qu'il s'agit d'un bien commun ou propre. Puisque ces règles ont vocation à s'appliquer malgré la dualité patrimoniale de l'EI, la même distinction doit être opérée. Leur articulation avec le statut de l'EI ne pose aucune difficulté, que ce soit pour la gestion des biens communs (A) ou celle des biens propres à l'EI (B).

A) La gestion des biens communs à l'entrepreneur individuel et son époux

51. Plan. - Après avoir exposé les règles de gestion des biens communs (1), il faudra les appliquer au statut de l'EI (2).

1) Les règles de gestion des biens communs

52. Principe de gestion concurrente. - Pour les biens communs, le principe est posé à l'article 1421, alinéa 1, du Code civil. La gestion est concurrente : les décisions peuvent être prises indifféremment par l'un ou l'autre des époux. Chaque conjoint peut réaliser seul des actes sur les biens communs, sans que l'autre ne soit obligé d'intervenir. Le principe joue pour les actes de conservation, d'administration et même pour certains actes de disposition, comme la vente d'un meuble¹¹⁴ ou l'acquisition d'un bien avec des deniers communs.

53. Exceptions à la gestion concurrente. - Le principe de gestion concurrente connaît aussi deux exceptions.

¹¹⁴ Sauf les meubles meublants garnissant le logement de la famille, les bateaux, les navires et les aéronefs. Voir *infra* n° 53.

La première est la gestion exclusive : un seul des époux a le pouvoir de prendre la décision sur le bien commun. L'autre ne le peut pas. L'article 223 du Code civil, composante du régime primaire impératif, prévoit cette gestion exclusive en matière de gains et salaires. La gestion exclusive s'applique aussi aux actes d'administration et de disposition nécessaires à l'exercice d'une activité professionnelle séparée d'un époux, selon l'article 1421, alinéa 2, du Code civil. Le but est d'assurer l'indépendance professionnelle du conjoint.

La cogestion ou gestion conjointe est la seconde exception : la conclusion de l'acte nécessite alors que les époux s'entendent. Les actes sur un bien commun soumis à cogestion sont listés aux articles 1422 et suivants du Code civil. Ce sont la donation¹¹⁵, l'affectation en garantie de la dette d'un tiers¹¹⁶, l'aliénation ou la constitution de droits réels sur un immeuble, un fonds de commerce, un fonds agricole, artisanal ou libéral, des droits sociaux non négociables, des navires, bateaux ou aéronefs¹¹⁷ et la mise à bail d'un fonds rural, immeuble à usage commercial, industriel ou artisanal¹¹⁸. La gestion conjointe joue aussi pour le logement de la famille et les meubles meublants le garnissant, selon l'article 215, alinéa 3, du Code civil, du régime primaire impératif.

2) L'application au statut de l'entrepreneur individuel

54. Découpage. - L'EI ayant deux patrimoines, un utile à l'exercice de son activité professionnelle et l'autre non, il convient de distinguer la gestion des biens communs de son patrimoine personnel (a) et celle des biens communs de son patrimoine professionnel (b).

a) La gestion des biens communs du patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel

55. Règles applicables. - Les décisions sur les biens communs du patrimoine personnel de l'EI obéissent au principe de gestion concurrente, sauf pour les actes listés aux articles 1422 et suivants du Code civil, soumis à cogestion. Tout acte qui anéantit ou réduit les droits réels ou personnels d'un membre du couple sur le logement de la famille et les meubles meublants le garnissant implique aussi l'accord du conjoint de l'EI.

¹¹⁵ Article 1422, alinéa 1 du Code civil

¹¹⁶ Article 1422, alinéa 2 du Code civil

¹¹⁷ Article 1424 du Code civil

¹¹⁸ Article 1425 du Code civil

b) La gestion des biens communs du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel

56. Gestion exclusive. - Les biens communs du patrimoine professionnel donnent-ils lieu à une gestion exclusive par l'EI ?

A priori, ces biens étant utiles à l'activité professionnelle indépendante de l'EI, l'article 1421, alinéa 2, du Code civil devrait s'appliquer. En effet, l'EI a une profession séparée de celle de son conjoint. De plus, les auteurs s'accordent à dire que seuls les biens professionnels peuvent faire l'objet d'actes nécessaires à l'exercice de la profession¹¹⁹.

Cependant, il faut prendre garde à ne pas confondre bien et acte : l'alinéa 2 vise les actes nécessaires à l'exercice d'une profession séparée, et non les biens utiles à l'activité professionnelle¹²⁰. La qualification de bien professionnel ne suffit pas à entraîner une gestion exclusive. Pour que ce soit le cas, encore faut-il que l'acte portant sur le bien soit nécessaire à l'activité professionnelle. Ce n'est pas parce qu'un bien est professionnel que tous les actes dont il est l'objet sont nécessaires à l'exercice de la profession. La gestion exclusive d'un bien commun du patrimoine professionnel de l'EI suppose que l'acte le concernant apparaisse nécessaire à la profession de l'EI. Si le bien commun est l'objet d'un acte qui ne répond pas à ce critère de nécessité, il sera, malgré son caractère professionnel, soumis au principe de la gestion concurrente. Reste à savoir quand un acte est nécessaire à l'exercice de la profession ou ne l'est pas. La doctrine majoritaire écarte à juste titre une interprétation restrictive de la notion, et considère comme nécessaires « *tous les actes s'inscrivant dans l'exercice normal de la profession* »¹²¹. Ainsi, ont été perçus comme nécessaires à l'exercice de la profession, et soumis en conséquence à la gestion exclusive, la souscription par un époux d'un bail sur le local professionnel, la résiliation de ce bail¹²², la vente de matériel professionnel, ou encore la signature et l'exécution d'un contrat pour les besoins de l'activité professionnelle¹²³. Le conjoint de l'EI ne peut pas accomplir de tels actes sur les biens communs du patrimoine

¹¹⁹ P. Simler, Communauté légale, administration des biens communs, répartition légale des pouvoirs, JCl. Civil Code, article 1421 à 1432, Fasc. 10, n° 60.

¹²⁰ F. Steinmetz et S. Robinne, Gestion exclusive, *in* Lamy Droit des régimes matrimoniaux, successions et libéralités, n° 135-25 ; C. Bourdaire-Mignot, Et 1, et 2, et 3 : exit le conjoint de l'entrepreneur individuel !, *préc.*, n° 13.

¹²¹ P. Simler, Communauté légale, administration des biens communs, répartition légale des pouvoirs, *préc.*, n° 68.

¹²² Cass. civ. 3^{ème}, 18 décembre 2002, JCP G 2003, I, 158, n° 13, obs. P. Simler ; D. 2003, AJ, p. 423, obs. Y. Rouquet.

¹²³ CA Colmar, 28 mars 2018, JCP G 2018, chron. 553, n° 5, obs. P. Simler.

professionnel. En fin de compte, la majorité des actes portant sur les biens communs professionnels sont nécessaires à la profession de l'EI, et la gestion exclusive est de mise.

57. Gestion conjointe. - Il faut garder à l'esprit que l'article 1421, alinéa 2, du Code civil s'applique « *sous réserve des articles 1422 à 1425* » du même Code sur la cogestion¹²⁴. Ainsi, lorsque l'EI souhaitera réaliser, sur un bien commun de son patrimoine professionnel, l'un des actes énumérés aux articles 1422 et suivants du Code civil, son conjoint devra intervenir à l'acte¹²⁵. Par exemple, si l'EI veut vendre son fonds de commerce commun, son époux doit y consentir et intervenir à l'acte de cession. La gestion est alors conjointe et non exclusive.

58. Résumé. - Pour résumer, les actes d'administration et de disposition sur les biens communs du patrimoine professionnel relèvent du principe de gestion concurrente, s'ils ne sont pas nécessaires à l'exercice de l'activité de l'EI¹²⁶. A l'inverse, il y a gestion exclusive si ces actes sont nécessaires à l'activité professionnelle de l'EI. Et si les actes sur ces biens communs font partie de ceux énumérés aux articles 1422 à 1425 du Code civil, la gestion sera conjointe.

B) La gestion des biens propres à l'entrepreneur individuel

59. Méthode. - Là encore, il faut expliquer les règles de gestion (1) pour les mettre ensuite à l'épreuve du statut de l'EI (2).

1) Les règles de gestion des biens propres

60. Principe de gestion indépendante. - Si le bien est propre, la règle est la gestion indépendante par le conjoint propriétaire. Il est le seul à pouvoir jouir, administrer et disposer du bien, selon l'article 1428 du Code civil. La loi du 23 décembre 1985 a transcrit, au sein du régime primaire impératif, le principe d'autonomie de l'époux dans la gestion de ses biens

¹²⁴ Article 1421, alinéa 3, du Code civil.

¹²⁵ I. Sérandour, L'articulation du statut de l'entrepreneur individuel avec le droit patrimonial de la famille, *in* La réforme du statut de l'entrepreneur individuel, *préc.*, n° 476, p. 274 ; C. Chwartz-Lair et C. Lisanti, Régimes matrimoniaux et nouveau statut de l'entrepreneur individuel, *préc.*, p. 57.

¹²⁶ Q. Guiguet-Schiélé, L'articulation du nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur avec son régime matrimonial, *préc.*, p. 45

propres/personnels¹²⁷. La gestion indépendante des biens propres est donc d'ordre public : le couple ne peut pas y déroger par contrat de mariage¹²⁸.

61. Exception. - Même si le logement de la famille et les meubles meublants le garnissant sont propres à un conjoint, la cogestion de l'article 215, alinéa 3, du Code civil, l'emporte sur le principe de gestion indépendante.

2) L'application au statut de l'entrepreneur individuel

62. Gestion indépendante. - L'EI est le seul à pouvoir gérer ses biens propres, qu'ils soient dans son patrimoine personnel ou professionnel. Le conjoint de l'EI ne peut pas, sauf mandat ou situation de crise, prendre de décision sur ces biens.

63. Cogestion. - Seules deux catégories de biens propres à l'EI ne relèvent pas de sa gestion indépendante : le logement de la famille et les meubles meublants le garnissant. Dans, ce cas, la cogestion est de mise.

64. Absence de difficulté. - L'articulation du statut de l'EI et des articles du Code civil sur les pouvoirs se fait donc sans problème. En revanche, les pouvoirs relatifs à deux opérations pourraient poser plus de difficultés.

§2- Des règles classiques ponctuellement génératrices d'incertitudes

65. Situations étudiées. - Même si la loi du 14 février 2022 dote l'EI de deux patrimoines, elle lui permet de renoncer à la séparation patrimoniale au profit d'un créancier. Le législateur autorise aussi l'EI à transférer son patrimoine professionnel. Les deux opérations sont assorties d'un certain nombre de conditions listées, pour la première, à l'article L. 526-25 du Code de commerce et, pour la seconde, aux articles L. 526-27 et suivants du même Code. Aucun de ces textes ne prévoit le rôle du conjoint de l'EI dans ces opérations. Ce n'est pas le simple renvoi aux règles classiques de pouvoirs, opéré par l'article L. 526-26, qui permet d'y voir plus clair. D'où de fâcheuses incertitudes sur les pouvoirs du conjoint de l'EI, tant en

¹²⁷ On parle de biens propres dans les régimes communautaires et de biens personnels dans les séparatistes.

¹²⁸ Pour un commentaire détaillé I, cf. P. Simler, Communauté légale, administration des biens propres, JCl. Civil Code, article 1421 à 1432, Fasc. 30, n° 45 à 70.

matière de renonciation à la scission patrimoniale (A) qu'en cas de transfert intégral du patrimoine professionnel (B).

A) Pouvoirs du conjoint de l'EI et renonciation à la séparation des patrimoines

66. Principe de la dualité patrimoniale. - Dès qu'une personne exerce en son nom propre une activité professionnelle indépendante, elle devient EI et voit alors son patrimoine se scinder en deux. La séparation patrimoniale est automatique et entraîne avec elle une limitation du droit de gage : aux créanciers professionnels sont offerts les biens du patrimoine professionnel, et aux créanciers personnels s'ouvrent ceux du patrimoine personnel.

67. Exception : la renonciation. - La dualité patrimoniale connaît toutefois des limites car les parlementaires ont été conscients que le système ne facilite pas l'accès au crédit pour l'EI. En effet, en présence de deux patrimoines, moins de biens sont engagés lors des transactions effectuées par l'EI. D'éventuels cocontractants, dissuadés par le cantonnement du droit de gage, pourraient refuser leur confiance à l'EI. Afin ne pas entraver l'EI dans sa quête de financement, le législateur l'autorise à renoncer à la limitation du droit de gage.

La renonciation à la séparation des patrimoines est toutefois assortie de conditions, destinées à protéger l'EI contre les abus.

La renonciation doit être spéciale, et non générale, car elle ne peut intervenir qu'à l'égard d'un créancier professionnel, pour « *un engagement spécifique* » accompagné d'un terme, et dont le montant est déterminé ou déterminable. La renonciation *onmibus*, c'est-à-dire portant sur toutes les dettes contractées par l'EI envers un de ses créanciers, est exclue¹²⁹. Il en va de même d'une renonciation globale au profit de tous les créanciers professionnels¹³⁰. A la lecture combinée des alinéas 4 et 6 de l'article 526-22 du Code de commerce, est aussi impossible la renonciation au profit d'un créancier personnel¹³¹.

Quand elle est permise, la renonciation est soumise à un formalisme lourd. Écrit, daté et signé par l'EI et le créancier concerné, l'acte de renonciation doit comprendre des mentions sur les parties et des précisions sur l'engagement. En outre, le décret du 12 mai 2022 met à la charge du créancier bénéficiaire de la renonciation une obligation d'avertir l'EI des conséquences

¹²⁹ B. Dondero, Place à l'entrepreneur individuel à deux patrimoines (EI2P) !, *préc.*, n° 47.

¹³⁰ J.-D. Peulier, Regard sur le nouveau statut de l'entrepreneur individuel, JCP, éd. G. 2022, Aperçu rapide, n° 345, p. 548.

¹³¹ Q. Némoz-Rajot, Une protection patrimoniale renforcée et simplifiée, *préc.*, p. 33.

induïtes. Le créancier est tenu d'expliquer que la renonciation lui permet, pour le recouvrement de la dette mentionné dans l'acte, de saisir, outre les biens professionnels de l'EI, ceux de son patrimoine personnel. Il doit l'informer que, sans cela, les biens personnels auraient été exclus du droit de gage. Enfin, des délais de réflexion doivent être respectés.

68. Acte de disposition. - La renonciation à bénéficier d'un droit de gage limité est-elle un acte d'administration ou de disposition ? L'acte d'administration est « *l'opération de gestion normale, un acte ordinaire d'exploitation d'un bien ou d'une masse de biens* »¹³². L'acte de disposition est « *une opération grave qui entame ou engage un patrimoine pour le présent ou l'avenir, dans ses capitaux ou sa substance* »¹³³.

Grâce à la renonciation dont il jouit, le créancier professionnel peut s'en prendre à l'ensemble des biens de l'EI, et pas uniquement sur ceux de son patrimoine professionnel. Par la renonciation, l'EI engage un second patrimoine qui jusqu'alors était à l'abri des poursuites du créancier professionnel. Les conséquences sont graves, ce qui justifie d'ailleurs le lourd formalisme et les conditions restrictives. A l'évidence, la renonciation correspond donc à un acte de disposition.

69. Absence de référence au conjoint de l'EI dans les dispositions sur la renonciation. - La renonciation à la séparation patrimoniale est très encadrée. Pourtant, un point reste à éclaircir : quel est le rôle du conjoint de l'EI à l'acte de renonciation ? Aucun texte ne le mentionne. Seul l'article L. 526-26 du Code de commerce, texte qui suit celui sur la renonciation, apporte un début de réponse : « *la présente section (traitant notamment de l'acte de renonciation) s'entend sans préjudice des pouvoirs reconnus aux époux pour administrer leurs biens communs et en disposer* ». La renonciation doit ainsi être réalisée sans violer les règles de pouvoirs des régimes matrimoniaux. A l'heure actuelle, qui cherche à appliquer ces règles à la renonciation butte sur de nombreuses difficultés (1). Le législateur devrait intervenir autrement que par un simple renvoi au droit des régimes matrimoniaux (2).

¹³² G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, 4^{ème} éd. 2003, p. 30.

¹³³ G. Cornu, Vocabulaire juridique, *préc.*, p. 308.

1) La difficile application des règles classiques de pouvoirs à la renonciation

70. Inadaptation des règles habituelles. - Le principe de gestion concurrente est censé jouer lorsque la gestion conjointe ou exclusive s'avère impossible. En l'état actuel du droit, la renonciation au fractionnement du patrimoine de l'EI ne peut pas faire l'objet d'une gestion conjointe (a). La gestion exclusive est quant à elle envisageable mais ses effets néfastes invitent à la rejeter (b). Reste le principe de gestion concurrente, mais celui-ci apparaît inadapté (c).

a) La mise à l'écart de la cogestion

71. Exhaustivité des hypothèses de cogestion. - La qualification d'acte de disposition et les conséquences importantes de la renonciation poussent de prime abord à retenir la gestion conjointe. Cependant, ce raisonnement serait incorrect : certains actes de disposition font l'objet d'une gestion concurrente, comme l'achat d'un bien avec des deniers communs ou la vente d'un meuble. Pour savoir si la gestion est conjointe, il faut se référer aux articles 1422 et suivants du Code civil. Ces textes énumèrent les actes soumis à cogestion. La liste est limitative, de sorte que si la renonciation y figure, la cogestion s'imposera. Dans le cas inverse, elle ne pourra pas être retenue.

72. La renonciation, inconnue des articles 1422 et suivants du Code civil. - L'examen des actes listés à ces textes¹³⁴ révèle qu'aucun d'entre eux n'évoque la renonciation au cantonnement du droit de gage. La renonciation n'est donc pas soumise à cogestion¹³⁵.

b) La gestion exclusive possible mais critiquable

73. Acte nécessaire à l'exercice de la profession d'EI. - Selon l'article 1421, alinéa 2, du Code civil, obéissent à une gestion exclusive les actes d'administration ou de disposition nécessaires à l'exercice d'une profession séparée. La renonciation entre *a priori* dans les prévisions du texte, car c'est un acte de disposition, pris dans l'objectif d'aider l'EI à trouver des financements. En effet, il est fort envisageable que l'EI échoue à obtenir un crédit important en raison de la dualité patrimoniale, périlleuse aux yeux des partenaires potentiels. Le crédit est

¹³⁴ Voir *supra* n° 53.

¹³⁵ S. Tisseyre, La constitution et la composition du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel, *préc.*, p. 36.

souvent nécessaire à l'EI pour développer son activité, produire ses marchandises, exécuter ses contrats, et plus généralement pour exercer sa profession. La renonciation peut fonctionner comme un sésame pour décrocher un prêt. Sous cet angle, elle apparaît comme un acte de disposition nécessaire à l'exercice de son activité professionnelle par l'EI, et la gestion exclusive devrait s'ensuivre. Seul l'EI pourrait renoncer à la scission patrimoniale. Son conjoint n'aurait pas à consentir à l'acte.

74. Critiques. - Cette solution n'en est pas moins contestable, compte tenu des effets engendrés. Elle conférerait à l'EI le pouvoir d'étendre seul le droit de gage d'un de ses créanciers professionnels aux biens du patrimoine personnel, y compris les biens communs personnels¹³⁶. Le conjoint de l'EI n'aurait aucun moyen de protéger les biens communs du patrimoine personnel¹³⁷, à part peut-être demander une restriction des pouvoirs de l'EI sur le fondement de l'article 220-1 du Code civil¹³⁸.

c) La gestion concurrente inadaptée

75. Cas d'une renonciation non nécessaire à l'exercice de sa profession par l'EI. - En pratique, la renonciation au cloisonnement du droit de gage est souvent nécessaire à l'exercice de la profession de l'EI et implique une gestion exclusive. Cependant, elle ne l'est pas toujours. Dans ce cas, il faudrait en revenir au principe de gestion concurrente.

76. Incohérence d'une renonciation par le conjoint de l'EI seul. - Cependant, la gestion concurrente en matière de renonciation paraît difficilement concevable. Le principe de la gestion concurrente est que l'un ou l'autre des époux peut réaliser seul l'acte. L'appliquer à

¹³⁶ L'expression de « bien commun personnel » pourra choquer les spécialistes du droit patrimonial de la famille, l'appellation de « biens personnels » étant utilisée en régimes matrimoniaux pour désigner les biens des époux dans les régimes séparatistes. Comment un bien pourrait-il alors être commun et personnel ? Cela peut sembler dénué de sens. En réalité, la notion de « bien commun personnel » n'est pas un contresens car, ici, l'adjectif « personnel » renvoie aux biens du patrimoine personnel, biens qui peuvent être propres ou communs. L'appellation de bien commun personnel est donc admise pour désigner les biens communs du patrimoine personnel de l'EI. Pour résumer, l'expression « bien personnel » revêt une signification différente en régimes matrimoniaux et dans le nouveau statut de l'EI. En régime matrimoniaux, le terme désigne les biens des époux dans les régimes séparatistes. Dans le nouveau statut de l'EI, l'expression « biens personnels » correspond aux biens du patrimoine personnel de l'EI. Dans ce mémoire, hormis les deux sections consacrées aux régimes séparatistes, la notion de « bien personnel » désignera les biens du patrimoine personnel de l'EI. En faveur de cette terminologie, voir Q. Guiguet-Schiélé, L'articulation du nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur avec son régime matrimonial, *préc.*, p. 44.

¹³⁷ C. Schwartz-Lair et C. Lisanti, Régimes matrimoniaux et nouveau statut de l'entrepreneur individuel, *préc.*, n° 23, p. 58.

¹³⁸ Voir *infra* n° 86.

la renonciation signifierait que le conjoint de l'EI pourrait seul renoncer au cantonnement du droit de gage d'un créancier professionnel de son époux ! C'est inenvisageable pour plusieurs raisons. D'une part, l'article L. 526-25 du Code de commerce explique que « *l'entrepreneur individuel peut [...] renoncer* ». Cela implique que l'EI intervienne à l'opération. Son conjoint ne peut donc pas être le seul membre du couple à y participer. Tout le dispositif est centré sur l'EI : la demande de renonciation doit lui être adressée à l'EI, l'acte de renonciation doit être signé par lui, et c'est l'EI qui doit être informé des conséquences de la renonciation. D'autre part, si le conjoint de l'EI renonçait seul au cantonnement du droit de gage, il s'ingérerait dans les affaires de l'EI, au mépris de l'indépendance professionnelle des époux. Il faut donc réfuter l'idée que l'époux de l'EI puisse renoncer sans son conjoint à la scission patrimoniale.

77. Critique d'une renonciation par l'EI seul. - Si la gestion concurrente est retenue, l'EI pourra renoncer seul au cantonnement du droit de gage et donc engager les biens de son patrimoine personnel, sans avoir à rechercher le consentement de son conjoint. La critique déjà émise à propos de la gestion exclusive se retrouve : l'époux de l'EI ne pourrait pas protéger les biens communs personnels.

78. Intenable situation actuelle. - Le simple renvoi aux règles classiques de pouvoirs, effectué par l'article L. 526-26 du Code de commerce, ne permet pas de se prononcer avec certitude sur les prérogatives des époux en la matière. De plus, ce renvoi conduit à exclure la cogestion qui serait pourtant le type de gestion le plus adapté à la situation. Pour protéger les biens communs du patrimoine personnel et lever tout doute sur les pouvoirs des conjoints, une modification des textes est indispensable

2) La nécessaire intervention législative

79. Solutions proposées. - Face aux difficultés, le législateur doit agir. Certains auteurs sont favorables à une obligation d'informer le conjoint de la renonciation au cantonnement du droit de gage. Son intérêt commande qu'il sache qu'un coup dangereux a été porté à la séparation patrimoniale¹³⁹. Les parlementaires devraient même aller plus loin en fixant de façon

¹³⁹ S. Tisseyre, La constitution et la composition du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel, *préc.*, p. 36 ; V. Legrand, L'entreprise à patrimoine affecté est morte... vive l'entreprise à patrimoine professionnel !, LPA janvier 2022, LPA201i7, p. 28 ; C. Bourdaire-Mignot, Et 1, et 2, et 3 : exit le conjoint de l'entrepreneur individuel !, *préc.*, n° 6.

explicite les pouvoirs de chaque époux dans la renonciation, afin de protéger les biens communs personnels. Le législateur pourrait créer une nouvelle hypothèse de cogestion (a), ou transposer les règles de l'article 1415 du Code civil au cas de la renonciation (b).

a) Ériger la renonciation en nouveau cas de cogestion

80. Arguments en faveur de la cogestion. - Le législateur serait inspiré de ranger la renonciation parmi les actes soumis à cogestion¹⁴⁰, ceci pour plusieurs raisons.

D'une part, la cogestion présente l'avantage de renforcer la protection de la communauté, puisque l'accès d'un créancier professionnel aux biens communs personnels restera verrouillé si le conjoint de l'EI ne consent pas à la renonciation. S'il refuse de donner son accord, l'acte conclu sans lui sera nul. Avec la cogestion, l'EI ne pourra pas renoncer à la limitation du droit de gage au profit de ses créanciers professionnels, sans avoir au préalable obtenu le feu vert de son époux. Si le conjoint de l'EI juge la renonciation trop dangereuse, il aura la faculté de s'y opposer. La cogestion permet donc de protéger les biens communs du patrimoine personnel.

D'autre part, lorsque l'EI consent une sûreté sur un bien commun de son patrimoine personnel au profit d'un créancier professionnel, la souscription de cette garantie est soumise à la cogestion, selon l'article 1424 du Code civil. Si un tel acte est soumis à cogestion, *a fortiori*, il serait nécessaire que la renonciation au cantonnement du droit de gage d'un créancier professionnel le soit aussi. En effet, grâce à la renonciation, le créancier professionnel peut saisir non pas un, mais tous les biens communs personnels. Les incidences de la renonciation étant plus draconiennes que celles liées à la souscription d'une sûreté, elle devrait aussi être soumise à la gestion conjointe.

81. Allongement de la liste des actes soumis à cogestion. - Aujourd'hui, malgré les avantages évidents de la gestion conjointe, celle-ci est exclue en matière de renonciation. En effet, la liste des actes soumis à cogestion est limitative, et la renonciation n'en fait pas partie. Ajouter la renonciation à la liste des actes nécessitant une gestion conjointe est la seule solution pour imposer la cogestion. Par exemple, un troisième alinéa pourrait être inséré à l'article 1424 :

¹⁴⁰ M. Leroy, Regards croisés avec le droit patrimonial, *préc.*, p. 269 ; B. Saintourens, Le statut de l'entrepreneur individuel après la loi du 14 février 2022, *préc.*, p. 447 ; C. Chwartz-Lair et C. Lisanti, Régimes matrimoniaux et nouveau statut de l'entrepreneur individuel, *préc.*, n° 23, p. 59.

« De même, les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, effectuer la renonciation prévue à l'article L. 526-25 du Code de commerce ».

82. Critiques. - La solution proposée n'est toutefois pas exempte de critiques. Avec la cogestion, l'EI aurait besoin du consentement de son époux pour étendre le droit de gage d'un de ses créanciers professionnels aux biens de son patrimoine personnel, sans distinguer suivant leur caractère propre ou commun. Autant dire qu'imposer la cogestion pour la renonciation reviendrait à conférer un pouvoir au conjoint de l'EI sur les biens propres du patrimoine personnel de l'EI. Une telle solution serait contraire au principe d'ordre public de gestion indépendante des biens propres. La règle de gestion indépendante des propres postule que l'EI puisse décider seul de l'extension du droit de gage à ses biens propres personnels au profit d'un créancier professionnel. Par conséquent, une meilleure solution serait de limiter les effets de la renonciation aux biens propres de l'EI lorsque celui-ci renonce seul au cloisonnement du droit de gage.

b) Moduler les effets de la renonciation suivant la volonté du conjoint de l'EI

83. Assiette variable du droit de gage. - Une autre solution, pour définir clairement le rôle du conjoint de l'EI dans la renonciation, protéger les biens communs personnels et assurer une gestion indépendante des propres, serait de prévoir des effets différents suivant la position adoptée par l'intéressé. Si d'aventure il essayait un refus de son époux, l'EI marié sous un régime communautaire aurait le droit de renoncer seul à la dualité patrimoniale, mais sa décision unilatérale n'aurait pour conséquence d'étendre le droit de gage du créancier professionnel qu'aux seuls biens propres du patrimoine personnel. Les biens communs du patrimoine personnel seraient toujours inaccessibles au créancier bénéficiaire de la renonciation. En revanche, si le conjoint consentait à la renonciation, les biens communs du patrimoine personnel seraient aussi engagés.

84. Inspiration de l'article 1415 du Code civil. - La solution proposée notamment par Monsieur Quentin Guiguet-Schiélé¹⁴¹ et reprise par d'autres auteurs¹⁴², revient à transposer à la

¹⁴¹ Q. Guiguet-Schiélé, L'articulation du nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur avec son régime matrimonial, *préc.*, p. 46.

¹⁴² N. Kilgus, La renonciation au patrimoine professionnel, *in* La réforme du statut de l'entrepreneur individuel, *préc.*, n° 183 et 184, p. 108 ; I. Sérandour, L'articulation du statut de l'entrepreneur individuel avec le droit patrimonial de la famille, *in* La réforme du statut de l'entrepreneur individuel, *préc.*, n° 494, p. 281.

renonciation les règles de l'article 1415 du Code civil, écrites pour le cautionnement et l'emprunt. L'article 1415 du Code civil prévoit que le cautionnement ou l'emprunt souscrit par un époux sans le consentement de l'autre n'engage que ses biens propres et ses revenus. Si le conjoint donne son accord au cautionnement ou à l'emprunt, le droit de gage s'étend aussi aux biens communs. Les gains et salaires de cet époux consentant ne sont toutefois pas exposés. Comme elle l'a fait à propos de l'aval¹⁴³ ou de la garantie à première demande¹⁴⁴, la jurisprudence pourrait étendre le champ d'application de l'article 1415 du Code civil à la renonciation à la dualité patrimoniale, qui a pour effet pratique de procurer une sorte de sûreté au bénéficiaire, dont le droit de gage est élargi.

85. Solution conforme aux principes des régimes matrimoniaux. - Laissant l'EI libre de renoncer seul à la dualité patrimoniale sur ses biens propres, cette solution serait fidèle au principe de gestion indépendante des biens propres des articles 225 et 1428 du Code civil. De plus, elle remplirait l'objectif de protection des biens communs personnels, le conjoint de l'EI devant donner son accord pour que la renonciation s'applique aussi à leur égard. Enfin, elle permettrait de fixer clairement le rôle de l'époux de l'EI dans l'opération de renonciation. Le seul reproche qui pourrait être fait à la proposition est de s'appuyer sur les règles de passif pour résoudre un problème de pouvoirs. Cependant, la corrélation entre les règles de passif et de pouvoirs permet de pardonner cet écart.

86. Mesures protectrices des biens communs personnels dans l'attente d'une intervention législative. - Tant que la loi n'est pas modifiée, trois textes peuvent servir de fondement à la protection des biens communs du patrimoine personnel.

D'abord, il convient de se référer à l'article 1415 du Code civil. Certes, faute de jurisprudence en ce sens, la modulation du droit de gage suivant la volonté du conjoint de l'EI ne peut pas encore jouer pour toute renonciation au profit d'un créancier professionnel. En revanche, l'applicabilité du texte est d'ores et déjà admise lorsque la renonciation porte sur un emprunt professionnel¹⁴⁵. De la sorte, si un professionnel prête une somme d'argent à l'EI sans obtenir le consentement de son époux, ce créancier ne pourra saisir que les biens propres professionnels et les revenus professionnels de l'EI. Les biens communs professionnels, autres

¹⁴³ Cass. com., 4 février 1997, n° 94-19908.

¹⁴⁴ Cass. 1^{ère} civ., 20 juin 2006, n° 04-11037.

¹⁴⁵ I. Dauriac et C. Grare-Didier, *Famille, entreprise, les deux vies de l'entrepreneur individuel*, *préc.*, n° 13, p. 31.

que les revenus de l'EI, seront protégés. Si le prêteur professionnel obtient, en outre, la renonciation de l'EI à la dualité patrimoniale, le gage offert au créancier s'étendra car il comprendra aussi les biens propres personnels et revenus personnels de l'EI. Cependant, en dépit de cet élargissement, les autres biens communs demeureront hors de sa portée, faute d'accord du conjoint à l'emprunt.

Ensuite, l'article L. 161-1, alinéa 2, du Code des procédures civiles d'exécution protège un tant soit peu les biens personnels en cas de renonciation à la limitation du droit de gage¹⁴⁶. En effet, l'EI peut demander au bénéficiaire de la renonciation qu'il saisisse en priorité les biens professionnels. Cependant, encore faut-il que l'EI le demande. De plus, si la valeur des biens professionnels ne suffit pas à désintéresser le créancier, les biens communs du patrimoine personnel seront à sa merci.

Enfin, une autre piste envisageable, pour protéger les biens communs personnels, est que le conjoint de l'EI saisisse le juge, sur le fondement de l'article 220-1 du Code civil, afin d'obtenir une restriction de pouvoirs pour manquement grave de l'EI à ses devoirs, mettant en péril les intérêts de la famille. Le juge pourrait, sur ce fondement, interdire à l'EI de renoncer à la scission des patrimoines. Encore faut-il que la renonciation au cantonnement du droit de gage par l'EI corresponde à un tel manquement. Tout dépendra du cas d'espèce, notamment du montant de la créance du bénéficiaire de la renonciation, de l'existence ou non d'autres actes de renonciation, de la valeur du patrimoine professionnel, et de l'importance de l'opération pour l'exercice de l'activité professionnelle. La protection des biens communs du patrimoine personnel, par cette mesure de crise issue du régime primaire impératif, apparaît donc trop aléatoire. Une intervention législative est préférable, d'autant plus que les difficultés ne se limitent pas au cas de la renonciation. Elles transparaissent aussi lorsqu'on s'interroge sur le rôle du conjoint de l'EI dans la cession intégrale du patrimoine professionnel.

B) Pouvoirs du conjoint de l'EI et transfert universel du patrimoine professionnel

87. Interrogations suscitées. - La loi du 14 février 2022 enrichit le Code de commerce d'une nouvelle section, intitulée « *du transfert du patrimoine professionnel de l'EI* ». Celui-ci peut être transmis dans son intégralité, en tant qu'universalité de droit, par le biais d'une donation, d'une cession à titre onéreux ou d'un apport en société. La section détaille le régime

¹⁴⁶ V. Legrand, *L'entreprise à patrimoine affecté est morte... vive l'entreprise à patrimoine professionnel !*, *préc.*, p. 29.

de ce transfert¹⁴⁷ mais elle reste muette sur les pouvoirs du conjoint de l'EI. Ce silence suscite une double interrogation. Une première difficulté est de savoir si les règles classiques de pouvoirs ont vocation à s'appliquer au transfert total du patrimoine professionnel (1). Une seconde difficulté consiste à définir le rôle du conjoint de l'EI, dans l'hypothèse où les règles de pouvoirs des régimes matrimoniaux seraient écartées (2).

1) La question de l'applicabilité des règles classiques de pouvoirs des régimes matrimoniaux

88. Incertitude sur l'applicabilité des règles de pouvoirs au transfert de patrimoine.

- De prime abord, l'article L. 526-26 du Code de commerce laisse penser que les règles de pouvoirs des régimes matrimoniaux sont appelées à jouer en cas de transfert du patrimoine professionnel. Cependant, le doute est permis en lisant attentivement l'article : « *La présente section s'entend sans préjudice des pouvoirs reconnus aux époux* ». Autrement dit, pour la mise en œuvre de la section 3 sur « *le statut de l'entrepreneur individuel* », dans laquelle figure L. 526-26 du Code de commerce, il faut tenir compte des pouvoirs accordés aux époux par le droit des régimes matrimoniaux. Aucune formule similaire n'a été introduite en ce qui concerne les dispositions de la section 4 sur « *le transfert du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel* »¹⁴⁸.

89. Incertitude sur la qualification du patrimoine professionnel. - Le second élément semant le doute est que l'application des règles de pouvoirs nécessite de déterminer si le bien faisant l'objet de l'acte est propre ou commun. En effet, les règles de gestion dépendent de la qualification du bien, mais aussi de la nature de l'acte en cause. Le transfert intégral du patrimoine professionnel a pour objet une universalité de droit. Cet objet spécifique est-il adapté aux règles de pouvoirs des régimes matrimoniaux ? Pour qu'il en aille ainsi, il faudrait que le patrimoine professionnel soit un bien, et qu'on puisse le qualifier de commun ou propre. La doctrine est divisée sur la qualification du patrimoine en tant que bien (a). Les partisans de la théorie réificatrice du patrimoine sont eux-mêmes en désaccord sur les incidences que cette qualification engendrait en droit des régimes matrimoniaux (b).

¹⁴⁷ Voir *infra* n° 252 et s.

¹⁴⁸ N. Jullian, La transmission du patrimoine de l'entrepreneur, de nouvelles opérations au service des entrepreneurs individuels, *in* Étude dossier, JCP éd. E. 2022, n° 1137, n° 19, p. 28 ; B. Saintourens, Le statut de l'entrepreneur individuel après la loi du 14 février 2022, *préc.*, p. 447.

a) La controverse principale : la qualification du patrimoine professionnel en tant que bien

90. Enjeux. - La qualification du patrimoine professionnel comme bien est déterminante. Si le patrimoine professionnel est un bien, il pourra éventuellement être soumis à la classification bien propre / bien commun des régimes matrimoniaux, et donc se voir appliquer les règles de pouvoirs des articles 1421 et suivants du Code civil. Si la qualification de bien est exclue, la gestion des biens prévue par les régimes matrimoniaux sera à coup sûr écartée, et de nouvelles règles de pouvoirs devront être élaborées¹⁴⁹. Tant que le législateur n'aura pas choisi, c'est-à-dire rejeté (α) ou consacré la qualification de bien (β), les incertitudes sur les règles de pouvoirs applicables au transfert du patrimoine professionnel persisteront.

α) Les arguments contre la réification du patrimoine

91. Doctrine majoritaire. - Le patrimoine est-il un bien ? La plupart des auteurs n'envisagent même pas cette qualification¹⁵⁰. D'autres prennent soin de la réfuter en expliquant pourquoi¹⁵¹.

92. Le patrimoine, un contenant « ne pouvant se contenir lui-même »¹⁵². - Le patrimoine est une universalité de droit, c'est-à-dire « *un ensemble de biens et de dettes formant un tout* »¹⁵³, dans lequel l'actif répond du passif. Le patrimoine est alors perçu par Madame Marie-Laure Mathieu comme « *un sac* », comprenant notamment des biens. Si le patrimoine est un bien, il devrait intégrer ce sac. Or il est le sac. Le patrimoine ne peut pas être à la fois le sac et un élément contenu dans celui-ci. C'est impossible.

¹⁴⁹ Voir *infra* n° 106 et s.

¹⁵⁰ Voir notamment. G. Cornu, *Droit civil Introduction les personnes les biens*, Montchrestien, 6^{ème} éd. 1993, n° 855 à 866, p. 297 à 299 ; J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, Thémis droit, PUF, 2^{ème} éd. 2013, p. 341 à 411 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Droit civil. Introduction Biens, Personnes, Famille*, Dalloz Sirey, coll. Université, 22^{ème} éd. 2021, n° 232 et s., p. 111 et suivantes ; R. Mortier, *Le nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel*, *préc.*, p. 15, n° 27.

¹⁵¹ M.-L. Mathieu, *Droit civil, Les biens*, Dalloz Sirey, coll. Université, 3^{ème} éd. 2013, n° 68, p. 24 ; J.-D. Pellier, *la nature juridique du patrimoine affecté de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, *RTD com.* 2013, n° 5 à 8, p. 48 à 49.

¹⁵² M.-L. Mathieu, *Droit civil, Les biens*, *préc.*, n° 69, p. 24.

¹⁵³ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *préc.* p. 911.

93. Le patrimoine comprenant des dettes. - Des dettes peuvent figurer dans le patrimoine. Les dettes ne sont pas des biens¹⁵⁴. Dès lors, il serait étrange qu'un bien soit composé en partie de dettes¹⁵⁵. Cette analyse justifierait que les universalités de fait ne comprenant pas de dettes soient réifiées et que les universalités de droit, comme le patrimoine, soient inqualifiables de biens.

94. L'insaisissabilité du patrimoine. - Si le patrimoine était un bien, il pourrait être saisi par les créanciers de son titulaire. Or ce sont les biens contenus dans le patrimoine qui peuvent être saisis par les créanciers, et non le patrimoine en tant que tel. L'article L. 161-1, alinéa 1, du Code des procédures civiles d'exécution le confirme en énonçant qu'une « *procédure d'exécution à l'encontre d'un débiteur ne peut porter que sur les biens du patrimoine* » professionnel pour les créanciers professionnels de l'EI, et sur ceux de son patrimoine personnel pour ses créanciers personnels. L'article vise les biens du patrimoine et exclut ainsi l'idée que le patrimoine puisse être saisi. Dès lors, le patrimoine n'apparaît pas comme un bien.

95. L'incessibilité du patrimoine. - Pour que le patrimoine soit un bien, il faudrait qu'il soit susceptible d'appropriation. En effet, un bien suppose l'existence d'un droit de propriété. Classiquement, le patrimoine est « *l'émanation de la personnalité* »¹⁵⁶, selon Aubry et Rau. Il est donc considéré comme incessible car attaché à la personne. Le lien entre personne et patrimoine implique que l'individu ne puisse pas en disposer. Une personne doit forcément être titulaire d'un patrimoine et ne peut donc pas le transmettre, sauf à cause de mort. Ainsi, le patrimoine ne serait pas un bien. Cette analyse classique est battue en brèche par l'article L. 526-27 du Code de commerce qui permet le transfert du patrimoine professionnel de l'EI. Puisque la loi le déclare cessible, s'agit-il d'un bien ? Certains auteurs le pensent et ont développé une théorie de la réification du patrimoine professionnel.

β) Les arguments en faveur de la réification du patrimoine

96. L'appropriation du patrimoine professionnel. - Certains auteurs considèrent que le patrimoine professionnel est certes une universalité de droit¹⁵⁷ mais incarne aussi un bien,

¹⁵⁴ Sur la notion de dette, voir A. Vanel, La dette en couple, thèse Limoges 2022, n° 2 et 3, p. 2 à 4.

¹⁵⁵ J.-D. Pellier, la nature juridique du patrimoine affecté de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, *préc.*, n° 8, p. 48.

¹⁵⁶ C. Aubry et C. Rau, Cours de droit civil français, *préc.*, § 573, p. 229.

¹⁵⁷ Les auteurs sont unanimes pour qualifier le patrimoine d'universalité de droit.

car il est susceptible d'appropriation¹⁵⁸. En effet, l'EI peut transmettre son patrimoine professionnel par une cession à titre onéreux, une donation, ou un apport en société. L'alinéa 5 de l'article L. 526-27 du Code de commerce qualifie l'opération de « *transfert de propriété* ». Dès lors, il est difficile de contester l'existence d'un droit de propriété sur le patrimoine professionnel et, partant, la qualification sous-jacente de bien. Le patrimoine professionnel apparaît comme un objet du commerce.

Néanmoins, l'argument de la cessibilité ne convainc pas les auteurs hostiles à la qualification de bien. Pour eux, si le patrimoine a la nature d'un bien sous prétexte qu'il est transmissible, la dette devrait aussi revêtir cette qualification, la cession de dette étant admise. Or la dette n'est pas un bien mais une charge, une obligation passive¹⁵⁹. Il serait donc inexact de prétendre que le caractère cessible du patrimoine suffit à lui conférer la qualité de bien. La dette, quoique cessible sous conditions, n'étant pas un objet de propriété¹⁶⁰, il doit en aller de même pour le patrimoine.

97. L'utilité du patrimoine professionnel. - Le critère de l'appropriation ne suffit pas à qualifier le patrimoine professionnel de bien : encore faut-il qu'il ait une utilité propre. En effet, un bien est une chose utile¹⁶¹. Les défenseurs de la réification du patrimoine professionnel insistent donc sur le fait, qu'en plus d'être cessible, le patrimoine a une utilité propre. Le patrimoine professionnel a une utilité, qui lui donne une valeur distincte de son contenu. En tant « *qu'outil de réunion* »¹⁶², il fédère un ensemble de biens et de dettes « *au service d'une finalité particulière : l'exercice d'une activité professionnelle et économique* »¹⁶³. Cessible et utile, le patrimoine professionnel serait un bien.

98. La qualification de bien limitée au patrimoine professionnel. - Les auteurs qui désignent le patrimoine professionnel comme un bien refusent, pour la plupart, d'étendre cette

¹⁵⁸ P. Reigné, Le patrimoine affecté de l'EIRL, Defrénois 2011, n° 39214, p. 554 ; S. Lacroix-De Sousa, La cession du patrimoine affecté de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, D. 2012, p. 620 ; N. Jullian, La cession de patrimoine, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 174, 2018, n° 63 à 68, p. 73 à 79.

¹⁵⁹ M. Julienne, Régime général des obligations, LGDJ, Lextenso, 2^{ème} éd. 2018, n° 295, p. 205.

¹⁶⁰ P. Berlioz, Patrimoine d'affectation, esquisse d'un régime général, in Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu, LGDJ, Lextenso, 2014, p. 507.

¹⁶¹ F. Terré et P. Simler, Droit civil, Les biens, Dalloz, 8^{ème} éd. 2010, n° 29, p. 35 ; T. Revet et F. Zenati-Castaing, Les biens, coll. Droit fondamental, PUF, 3^{ème} éd. 2008, n° 2 p. 18.

¹⁶² N. Jullian, La cession de patrimoine, thèse précitée, n° 64, p. 74.

¹⁶³ H. Morell, Les aspects patrimoniaux du statut de l'Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée, thèse Toulouse 2014, n° 631, p. 308.

qualification au patrimoine personnel de l'EI et au patrimoine unique d'une personne non EI¹⁶⁴. La règle d'incessibilité doit être maintenue pour ces deux patrimoines.

En effet, puisque toute personne doit avoir au moins un patrimoine, le titulaire d'un patrimoine unique ne peut pas le transmettre de son vivant. Le patrimoine unique n'est donc pas un bien.

Si le patrimoine personnel de l'EI était cessible comme son patrimoine professionnel, l'EI pourrait transmettre les deux et se retrouver sans patrimoine. Cela n'est pas concevable dans la mesure où toute personne doit avoir un patrimoine au minimum. Le patrimoine personnel doit rester inaliénable pour que l'EI, ayant transféré son patrimoine professionnel, conserve au moins un patrimoine.

Le principe selon lequel une personne doit avoir un patrimoine persiste. Simplement, il ne s'applique pas à tous les patrimoines car ceux-ci n'ont pas tous la même nature, selon Monsieur Guillaume Wicker. L'auteur invite à distinguer les patrimoines de « *nature personnelle* » obéissant toujours aux principes d'Aubry et Rau, et les patrimoines de « *nature réelle* » qui sont des « *objets d'appropriation* »¹⁶⁵. Le patrimoine unique et le patrimoine personnel de l'EI étant incessibles, ils entrent dans la première catégorie et ne sont pas des biens. Le patrimoine professionnel relève de la seconde catégorie, ce qui commande la qualification de bien.

b) La controverse dérivée : la soumission du patrimoine à la dichotomie bien propre / bien commun

99. Enjeux. - A supposer que la qualification du patrimoine professionnel comme bien soit retenue, quelles conséquences faut-il en tirer en droit des régimes matrimoniaux ? Les partisans de la théorie réificatrice du patrimoine sont en désaccord. Certains estiment qu'à l'instar de toute richesse, le patrimoine professionnel doit être soumis à la dichotomie bien propre / bien commun. Si tel est le cas, il faudra appliquer les règles classiques de pouvoir des régimes matrimoniaux pour connaître le rôle du conjoint de l'EI dans le transfert du patrimoine professionnel (α). D'autres considèrent que le patrimoine professionnel étant une universalité de droit, il s'agit d'un bien *sui generis*, inqualifiable de propre ou d'acquêt (β).

¹⁶⁴ Parmi les partisans de la théorie réificatrice du patrimoine, seule Nadège Jullian présente aussi le patrimoine personnel comme un bien. N. Jullian, La cession de patrimoine, thèse précitée, n° 315, p. 317.

¹⁶⁵ G. Wicker, La notion de patrimoine, 17^{ème} conférence Albert-Mayrand, éd. Thémis 2013, n° 30 à 37, p. 24 à 29.

α) Le patrimoine professionnel, un bien propre ou commun

100. Règles de qualification. - Selon Madame Nadège Jullian¹⁶⁶, dont l'avis est partagé par de nombreux auteurs¹⁶⁷, le patrimoine étant un bien, il doit, par osmose avec les actifs en son sein, être qualifié de commun ou propre, suivant ce que commandent les règles de détermination des différentes masses de biens.

Si le patrimoine professionnel est créé, acquis ou reçu par donation avant le mariage, il s'agit d'un bien propre par origine, selon l'article 1405 du Code civil.

Si le patrimoine professionnel est donné au cours du mariage, l'article 1405 retient aussi la qualification de bien propre à l'EI.

En revanche, s'il est acquis à titre onéreux durant le mariage, la qualification d'acquêt s'impose, selon l'article 1401 du Code civil. Toutefois le patrimoine professionnel acquis à titre onéreux en cours de mariage reçoit la qualification de propre s'il y a subrogation volontaire d'un propre par emploi ou remploi de deniers propres. La qualification de bien propre nécessite l'accomplissement de la double déclaration d'origine et d'intention de l'article 1434 du Code civil. Elle suppose aussi que la contribution de la communauté soit inférieure à celle des deniers propres¹⁶⁸.

Si le patrimoine professionnel est créé pendant le mariage, il est un bien commun, en vertu de l'article 1401 du Code civil.

Si le patrimoine est qualifiable de bien propre ou commun, les règles de pouvoirs du droit des régimes matrimoniaux joueront lors de son transfert.

101. Incidence de la qualification de bien commun sur les pouvoirs. - Si le patrimoine professionnel est un bien commun, sa donation suppose l'accord du conjoint de l'EI, l'article 1422 du Code civil prévoyant la cogestion pour tous les acquêts donnés.

Pour la cession à titre onéreux, déterminer les règles de pouvoir est plus complexe. On pourrait pencher pour la cogestion, puisque l'article 1424 du Code civil prévoit la gestion

¹⁶⁶ N. Jullian, La cession de patrimoine, thèse précitée, n° 315 à 317, p. 317 à 322.

¹⁶⁷ H. Morell, Les aspects patrimoniaux du statut de l'Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée, thèse précitée, n° 707 à 724, p. 339 à 346 ; M. Leroy, Regards croisés avec le droit patrimonial, *in* Premiers regards sur le nouveau statut d'entreprise individuelle, *préc.*, p. 268 ; I. Sérandour, L'articulation du statut de l'entrepreneur individuel avec le droit patrimonial de la famille, *in* La réforme du statut de l'entrepreneur individuel, *préc.*, n° 461 et s., p. 269 ; C. Chwartz-Lair et C. Lisanti, Régimes matrimoniaux et nouveau statut de l'entrepreneur individuel, *préc.*, n° 9, p. 56.

¹⁶⁸ Article 1436 du Code civil.

conjointe en cas d'aliénation. Cependant, en matière de vente, l'article limite la cogestion aux biens qu'il énumère. Ce sont les immeubles, fonds de commerce, exploitations, droits sociaux non négociables, navires, bateaux et aéronefs communs. Il n'y a donc aucune référence explicite au patrimoine professionnel. Néanmoins, Madame Nadège Jullian fait valoir que la notion d'exploitation permettrait d'imposer la gestion conjointe à la cession du patrimoine commun¹⁶⁹. En effet, les juges interprètent la notion d'exploitation de l'article 1424 du Code civil comme « *toute forme d'exercice d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* »¹⁷⁰. La notion pourrait correspondre au patrimoine professionnel, en y voyant la forme sous laquelle l'EI exerce son activité professionnelle.

En ce qui concerne l'apport en société du patrimoine professionnel commun, il faut distinguer en fonction des structures sociétaires. Pour les sociétés dont les parts sont non négociables (SNC, SARL), l'EI devra informer son conjoint de l'apport du patrimoine commun, selon l'article 1832-2, alinéa 1 du Code civil. Pour les sociétés dont les titres sont librement négociables, l'EI pourra seul apporter le patrimoine commun, sans avoir à en informer son époux, l'article 1832-2 du Code civil ne jouant pas¹⁷¹. Néanmoins, l'apport du patrimoine commun à une société aux titres librement négociables pourrait être soumis à cogestion dès lors qu'il comporte des biens communs listés à l'article 1424 du Code civil, comme un immeuble ou un fonds de commerce.

102. Incidence de la qualification de bien propre sur les pouvoirs. - Si le patrimoine professionnel est un bien propre à l'EI, sa gestion est indépendante, selon l'article 1428 du Code civil. Le conjoint de l'EI n'aurait alors pas à donner son consentement au transfert, qu'il ait lieu par le biais d'une donation, d'une vente ou d'un apport. Cette solution est critiquable car, même si le patrimoine est qualifié de bien propre, il pourrait renfermer des biens communs, par exemple un fonds de commerce dont la cession est soumise à la cogestion. Pour cette raison, Madame Nadège Jullian nuance la solution en prévoyant, qu'en présence d'un patrimoine professionnel propre à l'EI, l'accord de son conjoint sera nécessaire à chaque fois que ce patrimoine comprend des biens communs listés à l'article 1424 du Code civil¹⁷². La règle de gestion indépendante ne s'appliquerait qu'en présence d'un patrimoine propre dépourvu

¹⁶⁹ N. Jullian, La cession de patrimoine, thèse précitée, n° 323, p. 328 ; Voir aussi en ce sens, C. Bourdairé-Mignot, Et 1, et 2, et 3 : exit le conjoint de l'entrepreneur individuel !, *préc.*, n° 15.

¹⁷⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 1974, Bull. civ. I, n° 148 ; Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 2000, Bull. civ. I, n° 283, RTD civ. 2000, p. 130, obs. J. Mestre et B. Fages.

¹⁷¹ E. Naudin, L'époux associé et le régime légal de la communauté réduite aux acquêts, in Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois, Defrénois, Lextenso, éd. DL. 2012, p. 630.

¹⁷² N. Jullian, La cession de patrimoine, thèse précitée, n° 322, p. 326.

d'immeubles, de fonds de commerce, d'exploitations, de navires, bateaux ou aéronefs communs. En pratique, il y aurait donc souvent cogestion.

103. Problèmes engendrés par la qualification de bien propre ou commun. - Ranger le patrimoine professionnel parmi les biens propres ou communs permettrait de résoudre certaines interrogations, mais cela susciterait de nouveaux problèmes. La principale question qui se posera est celle du jeu de la théorie de l'accessoire de l'article 1406, alinéa 1, du Code civil. Les biens incorporés dans le patrimoine professionnel sont-ils des accessoires de ce patrimoine, revêtant la même nature que lui ? Autrement dit, si le patrimoine professionnel est propre, les biens le composant deviennent-ils aussi des biens propres par accessoire ? Les auteurs sont partagés, certains admettant l'application de l'article 1406 alinéa 1¹⁷³, d'autres la rejetant¹⁷⁴. Retenir la théorie de l'accessoire en la matière aurait de graves conséquences pour le conjoint lorsque le patrimoine professionnel est un propre. En raison de l'automaticité de l'intégration au patrimoine professionnel des biens utiles à l'activité entrepreneuriale, certains biens communs deviendraient propres à l'EI sans que son conjoint puisse s'y opposer. Cette situation engendrerait de nombreux et complexes calculs de récompenses. De plus, laisser la théorie s'épanouir dans cette hypothèse malmènerait le principe d'immutabilité des régimes matrimoniaux puisque l'EI pourrait arbitrairement changer la qualification des biens¹⁷⁵. La théorie de l'accessoire doit par conséquent être écartée. Si le législateur choisit de qualifier le patrimoine professionnel de bien propre ou commun, il devra avoir conscience des difficultés qui en découleront. Si le législateur tient à qualifier le patrimoine de bien, peut-être devrait-il privilégier celle de bien *sui generis*.

β) Le patrimoine professionnel, un bien *sui generis*

104. « Superposition de qualifications »¹⁷⁶ problématique. - Pour certains auteurs, le patrimoine professionnel est rebelle à la classification bien propre / bien commun¹⁷⁷. En effet, le patrimoine, en tant qu'universalité de droit, comprend lui-même des biens propres et/ou

¹⁷³ H. Morell, Les aspects patrimoniaux du statut de l'Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée, thèse précitée, n° 714, p. 342

¹⁷⁴ N. Jullian, La cession de patrimoine, thèse précitée, n° 318, p. 322.

¹⁷⁵ Q. Guiguet-Schiélé, L'articulation du nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur avec son régime matrimonial, *préc.*, p. 46 ; S. Deville, Nouveau statut de l'entrepreneur individuel et régime matrimonial légal : une fausse bonne idée, *préc.*, p. 44.

¹⁷⁶ N. Jullian, La cession de patrimoine, thèse précitée, n° 311, p. 313.

¹⁷⁷ M.-C. Aubry, Le patrimoine d'affectation, thèse, Paris 13, 2010.

communs. Si la *summa divisio* bien propre / bien commun devait jouer, le patrimoine pourrait être un bien propre contenant des biens communs, ou un bien commun incluant des biens propres. Cela induirait des difficultés, notamment en cas de liquidation du régime matrimonial. A titre d'exemple, le patrimoine propre doit-il être repris par l'EI alors qu'il contient des biens communs ? Écarter la classification bien propre / bien commun évacuerait le problème.

105. Incidence de la qualification de bien *sui generis*. - Si le patrimoine est un bien, mais dont l'originalité est de n'être ni propre ni commun, il faut accepter d'y voir un bien *sui generis*. Dans ce cas, les règles actuelles de pouvoirs des régimes matrimoniaux ne pourront pas servir, car elles sont fondées sur la distinction binaire entre biens propres et biens communs. Dès lors, de nouvelles règles spécifiques au transfert du patrimoine professionnel devront être élaborées par le législateur.

2) La recherche de règles de pouvoirs spécifiques au transfert du patrimoine professionnel

106. Interrogations. - Compte tenu des incertitudes sur la qualification du patrimoine professionnel, il est envisageable que les règles de pouvoirs des régimes matrimoniaux soient écartées lors de son transfert. Tel sera le cas si la qualification de bien n'est pas retenue, ou si le patrimoine est perçu comme un bien *sui generis*. Mais alors quelles règles de pouvoir mettre en place¹⁷⁸ ? L'époux de l'EI doit-il intervenir à l'opération de transfert ? Être seulement informé ? La législation actuelle ne permet pas de répondre à ces questions.

107. Facteurs compliquant la mise au point de règles idoines. - Si législateur refuse de soumettre le patrimoine professionnel à la dichotomie bien propre / bien commun, il devra élaborer des règles de pouvoirs spécifiques à son transfert. Trouver des règles adaptées à la situation sera complexe pour plusieurs raisons.

D'une part, le patrimoine est la plupart du temps composé à la fois de biens propres et communs. Pour un EI marié sous le régime légal, le patrimoine professionnel incluant uniquement des biens propres est « *une chimère juridique* »¹⁷⁹, ses bénéficiaires professionnels

¹⁷⁸ V. Avena-Robardet, Attention au nouveau statut de l'entrepreneur individuel marié, AJ Famille avril 2022, p. 169.

¹⁷⁹ N. Jullian, La cession de patrimoine, thèse précitée, n° 314, p. 316.

étant forcément des biens communs¹⁸⁰. Si le patrimoine professionnel est constitué de biens communs et propres, les règles relatives à sa cession doivent concilier les objectifs de protection des biens communs et d'autonomie dans la gestion des propres. Il est difficile d'élaborer une règle unique conforme à ces deux exigences.

D'autre part, moduler les effets du transfert de patrimoine suivant que le conjoint de l'EI y a consenti ou non, comme cela a été proposé en matière de renonciation¹⁸¹, est impossible. Pour le comprendre, il faut d'abord expliquer la proposition. L'idée est d'exiger le consentement de l'époux de l'EI au transfert de patrimoine professionnel. S'il refuse, le patrimoine professionnel serait transmis mais en partie seulement : il serait amputé des biens communs professionnels, et donc réduit aux seuls biens propres professionnels. Cette solution est impraticable s'agissant d'un transfert intégral de patrimoine. En effet, l'article L. 526-30 du Code de commerce explique que le patrimoine professionnel « *ne peut être scindé* » lors de sa cession. Or la modulation proposée conduirait à la scission du patrimoine professionnel si le conjoint de l'EI ne donne pas son consentement au transfert.

108. Solutions préconisées. - Deux possibilités peuvent être envisagées pour résoudre les difficultés. Une première mettrait un terme à la controverse sur la qualification du patrimoine professionnel et ses conséquences. Une seconde, sans se prononcer sur ce point délicat, assurerait des règles de pouvoirs uniques et protectrices.

Le point central de discordance entre les auteurs porte sur la qualification du patrimoine professionnel. Si certains souhaitent qu'il soit reconnu comme étant un bien, c'est pour lui appliquer le régime juridique des biens et notamment les règles de pouvoirs des régimes matrimoniaux. D'autres réfutent la qualification de bien, estimant que la notion d'universalité de droit est incompatible avec celle de bien. Ne serait-il pas possible de mettre tout le monde d'accord en appliquant le droit des biens au patrimoine professionnel sans pour autant lui conférer la qualité de bien ? Autrement dit, serait-il possible, pour les besoins du transfert universel du patrimoine professionnel en présence d'un conjoint, de traiter le patrimoine professionnel comme un bien, le temps d'effectuer la cession ? Cette proposition peut à première vue paraître absurde. Cependant, à bien y réfléchir, un tel montage juridique existe déjà en matière d'avantages matrimoniaux, lorsque s'ouvre la succession du conjoint en

¹⁸⁰ En effet, il s'agit de gains et salaires qui sont des biens communs. Cass. civ. 1^{ère}, 8 février 1978, D. 1978, IR, p. 238, obs. D. Martin ; RTD civ. 1979, p. 592, obs. R. Nerson et J. Rubellin-Devichi.

¹⁸¹ Voir *supra* n° 83 et s.

présence d'au moins un enfant non commun¹⁸². L'idée d'une nature juridique unique combinée à une dualité de régime pourrait être reprise lors de la cession du patrimoine professionnel. Que l'EI soit célibataire ou marié, le patrimoine professionnel cédé serait qualifié d'universalité de droit, et non de bien. Cependant, lorsque l'EI est marié, sans pour autant changer la nature juridique du patrimoine professionnel, on pourrait envisager de le soumettre au droit des biens et aux règles classiques de pouvoirs des régimes matrimoniaux. Pour les besoins de la cession, le patrimoine professionnel serait assimilé à un bien propre ou commun sans être qualifié de bien. Les opposants à la réification du patrimoine professionnel seraient satisfaits, celui-ci n'accédant pas à la qualité de bien. Les partisans de la doctrine réificatrice, quant à eux, réussiraient par ce biais à imposer, pour le transfert universel du patrimoine, les règles classiques de pouvoirs des régimes matrimoniaux avec les quelques aménagements proposés par Madame Nadège Jullian¹⁸³.

La seconde préconisation découle du constat suivant : concilier protection du conjoint et autonomie dans la gestion des propres étant difficile, et moduler les effets du transfert étant impossible, le législateur devrait privilégier l'un de ces deux objectifs. Le besoin de protection des biens communs devrait primer et imposer la cogestion lors du transfert universel du patrimoine professionnel¹⁸⁴. Plusieurs arguments invitent à retenir la gestion conjointe. D'abord, prévoir la gestion indépendante pour le transfert de patrimoine conduirait à des dérives et contournements de la loi¹⁸⁵. Par exemple un EI a, dans son patrimoine professionnel, un fonds de commerce commun. Il souhaite vendre ce fonds. Conformément à l'article 1424 du Code civil, il doit obtenir l'accord de son conjoint à la cession du fonds. Si son époux refuse de consentir à l'opération, l'EI pourrait passer outre en transmettant son patrimoine professionnel en totalité, au sein duquel figure le fonds de commerce. Ainsi, l'EI réussirait, malgré le refus de son conjoint, à transmettre son fonds de commerce par le biais du transfert intégral du patrimoine professionnel. Pour cette raison, l'EI ne devrait pas pouvoir céder seul son

¹⁸² Dans cette hypothèse, le régime juridique de l'avantage matrimonial change mais sa nature reste identique. Pour le comprendre, rappeler le sort de l'avantage matrimonial en cas de décès est nécessaire. Selon l'article 1527, alinéa 1, du Code civil, l'avantage matrimonial n'est pas une donation. Ainsi, les règles relatives aux libéralités sont inapplicables, notamment celles sur la réduction. Cependant, en présence d'un enfant non commun au couple, il y a une action en retranchement, type spécifique d'action en réduction, et versement d'une indemnité de retranchement pour la portion de l'avantage dépassant la quotité disponible spéciale entre époux. Dans cette hypothèse, le régime juridique de la donation s'applique par le biais des règles relatives à la réduction. Pour autant, il n'y a aucune mutation notionnelle : l'avantage matrimonial ne devient pas une libéralité mais est juste « traité comme » tel afin de protéger la réserve héréditaire de l'enfant non commun.

¹⁸³ Voir *supra* n° 100 et s.

¹⁸⁴ C. Chwartz-Lair et C. Lisanti, Régimes matrimoniaux et nouveau statut de l'entrepreneur individuel, *préc.*, p. 58.

¹⁸⁵ N. Jullian, La transmission du patrimoine de l'entrepreneur, de nouvelles opérations au service des entrepreneurs individuels, *préc.*, n° 20.

patrimoine professionnel. La cogestion serait préférable. Ensuite, si le conjoint de l'EI ne donne pas son consentement au transfert universel du patrimoine professionnel, l'EI pourrait toujours céder, donner ou apporter seul ses biens propres professionnels, le transfert non intégral d'éléments de ce patrimoine étant admis par l'article L. 526-27 du Code de commerce¹⁸⁶. Dans ce cas, le transfert ne porterait pas sur le patrimoine professionnel lui-même mais sur une sélection d'éléments. Il n'y aurait pas de scission du patrimoine professionnel, celui-ci n'étant pas transmis. Opter pour la cogestion n'anéantit pas l'autonomie de gestion des biens propres par l'EI, celui-ci pouvant toujours en disposer comme bon lui semble. Dans une hypothèse enfin, l'EI pourrait transférer seul le patrimoine professionnel. C'est lorsque celui-ci est composé uniquement de biens propres et de gains et salaires de l'EI. En effet, même si les gains et salaires sont des biens communs, l'article 223 du Code civil organise leur gestion exclusive par l'époux qui les a réalisés. Les biens propres et les gains et salaires de l'EI étant tous soumis à une gestion exclusive/indépendante, le transfert du patrimoine professionnel devrait aussi dépendre du seul EI.

109. Intervention législative. - Le renvoi aux règles classiques des régimes matrimoniaux se révèle donc insuffisant. Le législateur doit être plus précis, notamment à propos du rôle du conjoint dans le transfert du patrimoine professionnel. Il devra intervenir, soit en qualifiant le patrimoine de bien commun ou propre et en prenant soin alors d'écarter la théorie de l'accessoire, soit en élaborant des règles de pouvoirs spécifiques au transfert universel. Une autre intervention législative possible serait d'appliquer au patrimoine professionnel les règles du droit des biens sans pour autant qualifier celui-ci de bien, en s'inspirant de la méthodologie utilisée pour les avantages matrimoniaux. Cette solution aurait le mérite d'aboutir à un juste milieu entre les différentes doctrines et de mettre fin à la controverse sur ce point. Cette dernière proposition doit être préférée. Agir pour mieux fixer les pouvoirs du conjoint de l'EI est d'autant plus nécessaire que les problèmes ne se limitent pas au régime légal. Ils se rencontrent aussi sous les régimes conventionnels.

¹⁸⁶ J.-P. Mattei et M. Menjucq, Le transfert du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel, Bull. Rapide de droit des affaires, 10/22, n° 24.

Chapitre 2 : En présence d'un entrepreneur individuel marié sous un régime conventionnel

111. Référence aux seuls biens communs. - La référence aux seuls biens communs à l'article L. 526-26 du Code de commerce est le signe que le législateur s'est focalisé sur le régime légal de la communauté d'acquêts¹⁸⁷. Or il existe d'autres régimes dits conventionnels pour lesquels aucune articulation n'est prévue¹⁸⁸. C'est notamment le cas des régimes séparatistes dans lesquels il n'y a pas de biens communs.

112. Multitudes de régimes matrimoniaux conventionnels. - Il existe une grande diversité de régimes matrimoniaux conventionnels. Qu'ils soient communautaires ou séparatistes, un recensement exhaustif est impossible, les combinaisons envisageables étant quasi infinies. Le choix a donc été fait de resserrer le champ de l'étude en examinant quelles sont les règles de pouvoirs lorsque l'EI adopte l'un des principaux régimes conventionnels.

113. Exclusion de l'ancien régime légal. - Le régime de communauté de meubles et acquêts, supplétif de volonté avant l'entrée en vigueur de la loi du 13 juillet 1965, est désormais peu choisi par les nouveaux couples. Il ne sera pas étudié ici. En effet, sa seule spécificité, en comparaison avec la communauté d'acquêts, est que tous les meubles, même ceux acquis avant le mariage et reçus à titre gratuit après l'union, sont communs au couple. Cette extension des biens communs ne modifie pas les règles de pouvoirs. Par conséquent, les difficultés sont identiques à celles présentées sous le régime légal actuel. Ainsi, tout ce qui a été expliqué dans les développements du chapitre précédent vaut pour la communauté de meubles et acquêts.

114. Régimes conventionnels étudiés. - L'étude des pouvoirs se limitera à l'hypothèse d'un EI marié sous le régime la séparation de biens ou celui de participation aux acquêts, régimes de types séparatistes (Section I). Sera aussi étudié le cas de l'EI marié sous la communauté universelle (Section II).

¹⁸⁷ Selon l'article L. 526-26 du Code de commerce, la section 3 sur le statut de l'entrepreneur individuel « s'entend sans préjudice des pouvoirs reconnus aux époux pour administrer **leurs biens communs** et en disposer ».

¹⁸⁸ M. Leroy, Regards croisés avec le droit patrimonial, *in* Premiers regards sur le nouveau statut d'entreprise individuelle, RJ com. 2022, p. 266 ; C. Chwartz-Lair et C. Lisanti, Régimes matrimoniaux et nouveau statut de l'entrepreneur individuel, *préc.*, n° 16, p. 57.

Section I : Les règles de pouvoirs pour l'entrepreneur individuel marié sous un régime conventionnel séparatiste

115. Des règles plus ou moins appropriées au statut de l'EI. - Les époux mariés sous un régime séparatiste n'ont ni biens propres ni bien communs, mais des biens dits personnels¹⁸⁹. Chaque époux a un pouvoir de gestion indépendant sur ses biens personnels : il peut seul en jouir, les administrer et en disposer, et son conjoint n'a pas à interférer¹⁹⁰. L'articulation avec le statut de l'EI ne présente pas de réelles difficultés (§1), hormis dans quelques hypothèses (§2).

§1- L'articulation généralement aisée entre le statut de l'EI et les règles de pouvoirs

116. Application des règles classiques de pouvoirs à l'EI marié sous un régime séparatiste. - L'article L. 526-26 du Code de commerce, seul texte de la réforme à traiter de l'EI marié, ne se réfère qu'aux biens communs. La loi du 14 février 2022 reste silencieuse à propos des régimes séparatistes, lesquels ne comportent pas de biens communs¹⁹¹. Malgré l'absence d'allusion aux régimes séparatistes, les règles classiques de pouvoirs s'appliquent-elles à l'EI marié sous l'un d'eux ? L'adage « *là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer* » apporte une réponse. Même si le législateur ne le précise pas, le principe de gestion indépendante des biens personnels, qui caractérise les régimes séparatistes, doit jouer¹⁹².

117. Principe de gestion indépendante des biens personnels. - Le principe de gestion indépendante des articles 1536 et 1569 du Code civil s'appliquant à l'EI, ce dernier administrera et disposera seul des biens, qu'ils se trouvent dans son patrimoine professionnel ou dans son

¹⁸⁹ Dans cette section le terme de « biens personnels » sera entendu au sens que lui confère le droit des régimes matrimoniaux, et non comme les biens du patrimoine personnel de l'EI. « En régime de séparation de biens et de participation aux acquêts, un risque de confusion terminologique est à craindre puisque l'adjectif « personnel » au sens du droit des régimes matrimoniaux pourra relever du patrimoine professionnel ou « personnel » de l'entrepreneur. Il y aura donc des biens personnels-professionnels et des biens personnels-personnels ». Q. Guiguet-Schielé, *L'articulation du nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur avec son régime matrimonial, préc.*, p. 44.

¹⁹⁰ Article 1536 du Code civil pour le régime de séparation de biens ; Article 1569 du Code civil pour celui de participation aux acquêts.

¹⁹¹ A.-L. Thomat-Raynaud et É. Dubuisson, *Le notaire et le nouveau statut de l'entrepreneur individuel en 12 alarmes, préc.*, p. 14 ; S. Deville, *Nouveau statut de l'entrepreneur individuel et régime matrimonial légal : une fausse bonne idée, préc.*, p. 44.

¹⁹² C. Chwartz-Lair et C. Lisanti, *Régimes matrimoniaux et nouveau statut de l'entrepreneur individuel, préc.*, n° 17, p. 58.

patrimoine personnel¹⁹³. Les biens des deux patrimoines de l'EI étant tous qualifiables de personnels sous les régimes séparatistes, les difficultés rencontrées à propos du régime légal sont inexistantes ici.

118. Gestion indépendante et transfert du patrimoine professionnel. - En raison de cette qualification indifférenciée, les règles de pouvoirs liées au transfert du patrimoine professionnel de l'EI sont simples. Qu'il veuille l'apporter à une société, le céder à titre onéreux ou le donner, l'EI est l'unique maître du jeu. Son conjoint n'a en aucun cas à consentir au transfert universel, puisqu'il n'est propriétaire d'aucun des biens entrant dans le patrimoine professionnel.

119. Gestion indépendante et renonciation au cantonnement du droit de gage. - L'époux de l'EI n'ayant pas non plus de droit de propriété sur le moindre bien figurant dans le patrimoine personnel de l'EI, la renonciation à la séparation patrimoniale s'effectue sans lui. En effet, la renonciation va étendre l'assiette du créancier bénéficiaire aux biens du patrimoine personnel de l'EI et non aux biens personnels du conjoint de l'EI. Ceux-ci sont toujours protégés, malgré la renonciation.

§2- L'articulation exceptionnellement complexe entre le statut de l'EI et les règles de pouvoirs

120. Difficultés à résorber. - Certes, le principe sous les régimes séparatistes est la gestion indépendante des biens personnels. Cependant, il existe des exceptions à cette règle qui complexifient l'articulation entre statut de l'EI et gestion des biens sous les régimes matrimoniaux. Deux dérogations sont communes à tous les régimes séparatistes (A). Une dernière n'existe qu'en matière de participation aux acquêts (B).

A) Les difficultés d'articulation afférentes à tous les régimes séparatistes

121. Situations étudiées. - Le principe de gestion indépendante des biens personnels connaît des limites valant pour tous les régimes séparatistes. D'une part, le régime primaire

¹⁹³ A.-M. Leroyer et J.-F. Pillebout, EIRL et droit des régimes matrimoniaux et des successions, in L'EIRL, l'entrepreneur à responsabilité limitée, sous la direction de F. Terré, LexisNexis Litec 2011, coll. Droit 360°, n° 280 et n° 281, p. 117.

impératif, dont les dispositions jouent quel que soit le régime matrimonial adopté, impose la cogestion pour le logement de la famille et les meubles meublants le garnissant. Cette exception rend délicate la mise en œuvre des règles de pouvoirs lorsqu'une partie du logement de la famille se situe dans le patrimoine professionnel de l'EI (1). D'autre part, même si les actifs des époux leur sont en principe personnels, par exception, il arrive que certains biens conjugaux soient indivis. L'indivision engendre certaines difficultés en termes de pouvoirs, lorsque le bien indivis figure dans le patrimoine professionnel de l'EI (2).

1) Difficultés liées à l'attrait d'une partie du logement de la famille dans le patrimoine professionnel de l'EI

122. Hypothèse visée. - Lorsqu'une partie du logement de la famille sert à un usage professionnel, ces mètres carrés prennent place dans le patrimoine professionnel de l'EI, selon l'article R. 526-26, 3° du Code de commerce. Le régime étant séparatiste, le logement de la famille est un bien personnel à l'EI.

123. Rôle du conjoint dans le transfert intégral du patrimoine professionnel. - Si l'EI veut céder son patrimoine professionnel, même si la partie professionnelle du logement de la famille n'est pas l'objet de la cession¹⁹⁴, le transfert du patrimoine entraînera le changement de propriété de cette fraction du logement familial. Quel est alors le rôle du conjoint de l'EI dans le transfert universel du patrimoine professionnel ? Doit-il y intervenir en sa qualité de cogestionnaire du logement de la famille que lui reconnaît l'article 215, alinéa 3, du Code civil ? Au contraire, l'EI a-t-il le pouvoir de transférer seul son patrimoine professionnel incluant une partie du logement de la famille ?

124. Intérêts en présence. - Imposer la cogestion pour le transfert du patrimoine professionnel, comme nous le proposons sous le régime légal, serait ici une atteinte trop importante à l'autonomie de gestion des biens personnels. En effet, la partie à usage professionnel du logement de la famille est le seul bien du patrimoine professionnel à être soumis à la cogestion et non à la gestion indépendante.

D'un autre côté, si l'EI pouvait céder seul son patrimoine professionnel, cela l'autoriserait indirectement à transmettre, sans l'accord de son époux, une partie du logement de la famille.

¹⁹⁴ L'objet du transfert est une universalité de droit.

Une telle solution irait à l'encontre la règle impérative de cogestion l'article 215, alinéa 3, du Code civil.

125. Solution préconisée. - Un juste milieu est imaginable. Avant de céder son patrimoine professionnel, l'EI devrait se concerter avec son conjoint, pour savoir si celui-ci accepterait le transfert intégral, et les conséquences induites sur la partie du logement de la famille à usage professionnel.

Si l'époux de l'EI y est favorable, il consentira avec l'EI au transfert du patrimoine professionnel.

En revanche, si le conjoint y est opposé, l'EI pourrait s'engager contractuellement à ne pas céder la partie du logement de la famille à usage professionnel lors du transfert total du patrimoine professionnel. Dès lors, l'EI pourra transmettre seul son patrimoine professionnel, à l'exclusion de la partie professionnelle du logement de la famille, dont il restera propriétaire. Par cet engagement, le logement de la famille sera protégé, le principe d'interdiction de scission du patrimoine professionnel respecté, et la liberté de gestion des autres biens personnels assurée. Pour que la solution suggérée soit praticable, encore faut-il que le patrimoine professionnel de l'EI marié sous un régime séparatiste ne comporte pas de biens indivis.

2) Difficultés liées à l'attrait de biens indivis dans le patrimoine professionnel de l'EI

126. Hypothèses d'indivision dans les régimes séparatistes. - Il arrive que certains biens du couple marié sous un régime séparatiste soient indivis. La qualification de bien indivis recouvre deux situations. La première naît lorsqu'aucun des époux n'arrive à justifier d'une propriété exclusive sur un bien, qui sera alors réputé indivis, selon l'article 1538, alinéa 3, du Code civil. La seconde apparaît lorsque le couple achète un bien en indivision.

127. Application des règles de pouvoirs du droit de l'indivision. - La réforme de 2022 n'aborde pas le sort des biens indivis et laisse dans l'ombre la question des pouvoirs des époux coindivisaires¹⁹⁵. Même si la loi ne le précise pas, les règles de l'indivision devraient s'appliquer¹⁹⁶. Il en découle que l'EI pourrait réaliser seul les actes de conservation sur les biens

¹⁹⁵ T. Revet, La désubjectivation du patrimoine, *préc.*, n° 12, p. 473.

¹⁹⁶ A.-L.Thomat-Raynaud et E. Dubuisson, L'entrepreneur individuel et les effets patrimoniaux de son nouveau statut. Quelles précautions lors de l'identification des personnes et la désignation des biens dans un acte ?, JCP N 2022, 1173, p. 27 ; V. Bonnet, L'entrepreneur individuel en couple : « Le couple quelle drôle d'idée », *in* Mélanges en l'honneur du Professeur Arlette Martin-Serf, Bruylant, 2022, p. 68, n° 11.

indivis¹⁹⁷, mais devrait obtenir la majorité des deux tiers pour effectuer les actes d'administration, et l'unanimité pour les actes de disposition¹⁹⁸. Nul n'étant majoritaire dans l'indivision entre l'EI et son conjoint, ils sont condamnés à s'entendre pour l'administration et la disposition des biens indivis. Lorsqu'un bien indivis est utile à l'activité de l'EI, et se trouve donc aspiré dans son patrimoine professionnel, l'EI soucieux de ne pas entraver l'exercice de sa profession prendra soin de solliciter un mandat général d'administration¹⁹⁹. Cela lui permettra de réaliser les actes d'administration sur les biens indivis professionnels sans avoir à rechercher systématiquement l'accord de son époux.

128. Transfert de patrimoine professionnel : quel rôle pour le conjoint coindivisaire ? - Lorsque le patrimoine professionnel inclut des biens indivis, se pose de nouveau la question des pouvoirs du conjoint lors de son transfert universel. La difficulté est que la cession ne porte pas sur les biens indivis eux-mêmes mais sur le patrimoine professionnel qui les contient. Faut-il alors écarter les règles de l'indivision ?

129. Intérêts en présence. - Écarter ces règles permettrait à l'EI, par le biais du transfert total du patrimoine professionnel, de transmettre des biens indivis sans l'accord des coindivisaires.

Il n'empêche qu'imposer l'unanimité pour la cession du patrimoine professionnel serait délicat pour deux raisons. D'une part, la doctrine est en désaccord sur la qualification du patrimoine professionnel : quand ce n'est pas sa nature même de bien qui est niée, c'est sa condition juridique de bien indivis qui est mise en doute²⁰⁰. D'autre part, le patrimoine professionnel comprend aussi des actifs non indivis, dont l'EI est libre de disposer comme il l'entend en vertu du principe de gestion indépendante des biens personnels.

130. Solution préconisée. - L'articulation entre les deux corps de textes est donc ardue. Comme sous le régime légal, il paraît difficile de concilier les différents enjeux. Imposer l'unanimité des coindivisaires au transfert du patrimoine professionnel, et donc l'accord du

¹⁹⁷ Article 815-2 du Code civil.

¹⁹⁸ Article 815-3 du Code civil.

¹⁹⁹ A.-M. Leroyer et J.-F. Pillebout, EIRL et droit des régimes matrimoniaux et des successions, *préc.*, n° 282, p. 118.

²⁰⁰ Voir *supra* n° 91 et s.

conjoint de l'EI, apparaît nécessaire pour protéger les biens indivis. Les mêmes raisons que celles évoquées lors de l'étude du régime légal peuvent être reprises ici²⁰¹.

B) Les difficultés d'articulation spécifiques au régime de participation aux acquêts

131. Particularité du régime de la participation aux acquêts²⁰². - Ce régime, tant qu'il dure, fonctionne comme un régime séparatiste : les époux ont des biens personnels, soumis à la gestion indépendante. En revanche, au moment de sa liquidation, il présente un caractère communautaire. Cela implique de comparer les patrimoines originaires et finaux de chaque époux, afin de déterminer lequel s'est le plus enrichi. Pour que l'enrichissement soit égalitaire, le conjoint s'étant le plus enrichi devra une créance de participation à l'autre. Pour éviter qu'un époux ne cherche à diminuer son enrichissement, c'est-à-dire la différence entre son patrimoine originaire et son patrimoine final, des dérogations sont apportées à la gestion indépendante des biens personnels. Les biens non originaires d'un époux ne peuvent pas être donnés ou aliénés à charge de rente viagère ou à fonds perdus sans le consentement de l'autre, selon l'article 1573 du Code civil. A défaut, ces biens seront réunis fictivement au patrimoine final de l'époux donateur, et son conjoint pourra exercer une action révocatoire²⁰³. Ainsi, l'absence de consentement du conjoint n'a pas de conséquences sur la validité de l'opération mais entraînera la réunion fictive du bien donné dans le patrimoine final du donateur.

132. Biens non originaires compris dans le patrimoine professionnel de l'EI. - L'article 1573 du Code civil postule donc que, si des biens non originaires figurent dans son patrimoine professionnel, l'EI ne pourra pas les donner sans le consentement de son conjoint. Une fois encore, la question du rôle de l'époux de l'EI en cas de donation du patrimoine professionnel se pose. Le conjoint de l'EI doit-il consentir à la libéralité ?

Messieurs François Terré et Philippe Simler considèrent que l'article 1573 du Code civil n'impose pas une cogestion. En effet, si l'époux donne seul un bien non originaire, la donation n'est pas nulle : le bien donné est juste réuni fictivement au patrimoine final du donateur. Pour

²⁰¹ Voir *supra* n° 108.

²⁰² Ici, les acquêts ne renvoient pas aux biens communs, le régime de la participation aux acquêts. En effet, il n'y a pas de biens communs dans le régime de la participation aux acquêts. Dans ce régime la notion d'acquêt correspond à l'enrichissement durant le mariage. Le régime repose sur la logique d'enrichissement et non sur celle de partage des biens.

²⁰³ L'action révocatoire ne sera exercée que si les biens existants, au moment de la dissolution du régime, dans le patrimoine de l'époux débiteur de la créance de participation, ne sont pas suffisants pour la régler, selon l'article 1577 du Code civil.

eux, le principe de gestion indépendante persiste²⁰⁴. Dès lors, l'EI devrait pouvoir donner seul son patrimoine professionnel comprenant des biens non originaires. Il faudra tout de même informer le donataire du risque de saisie des biens non originaires par le conjoint de l'EI lors de la dissolution du régime. Le gratifié pourra alors accepter ou refuser la donation en connaissance de cause.

Certains auteurs, tout en adhérant à l'analyse de Messieurs François Terré et Philippe Simler, pour éviter tout risque d'insécurité juridique, recommandent à l'EI d'obtenir l'accord de son conjoint à la donation du patrimoine professionnel²⁰⁵.

Section II : Les règles de pouvoirs pour un entrepreneur individuel marié sous le régime de la communauté universelle

133. Qualification des biens du couple en communauté universelle. - Lorsque des époux adoptent le régime de la communauté universelle, tous leurs biens, quels que soient la date et le mode d'acquisition, entrent en communauté, à l'exclusion des biens qualifiés de propres par nature au sens de l'article 1404 du Code civil. Il est cependant possible d'insérer une clause contraire dans le contrat de mariage, pour que ces biens revêtent aussi la qualification d'acquêts.

134. Même règles de pouvoirs que sous le régime légal. - Les règles de pouvoirs dans la communauté universelle sont identiques à celles applicables sous le régime légal²⁰⁶. Le principe est donc la gestion concurrente. Par exception, pour les actes listés aux articles 1422 et suivants du Code civil, la cogestion est de mise. Lorsque des biens sont propres par nature, l'époux propriétaire en a la gestion exclusive.

135. Règles de pouvoirs en présence de biens communs uniquement. - Les deux patrimoines de l'EI marié sous le régime de communauté universelle, avec clause d'exclusion de la qualification de propre par nature, n'ont pour actif que des biens communs. Par conséquent, l'EI peut passer seul des actes de conservation et d'administration sur ses biens. En

²⁰⁴ F. Terré et P. Simler, Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés, *préc.*, n° 813, p. 709.

²⁰⁵ A.-M. Leroyer et J.-F. Pillebout, EIRL et droit des régimes matrimoniaux et des successions, *préc.*, n° 281, p. 118.

²⁰⁶ H. Lécuyer, Les communautés conventionnelles, in Lamy Droit des régimes matrimoniaux, successions et libéralités, n° 150-19.

revanche, le consentement de son époux est requis pour les actes de disposition énumérés aux articles 1422 et suivants du Code civil.

Lorsque l'ensemble des biens de l'EI sont communs, le jeu des règles classiques de pouvoirs ne présente jamais de difficultés. Le rôle de l'époux de l'EI dans la cession du patrimoine professionnel est alors facile à déterminer : il doit donner son accord au transfert universel pour que celui-ci soit valable. En effet, le patrimoine professionnel n'ayant, parmi ses actifs, que des biens communs, la cogestion s'impose.

136. Règles de pouvoirs en présence d'acquêts et de propres par nature. - Lorsque l'EI en communauté universelle n'a pas prévu une clause excluant la qualification de biens propres par nature, et qu'il possède de tels actifs dans son patrimoine professionnel, il se retrouve avec une universalité de droit dans laquelle figurent à la fois des biens communs et des propres. Dans ce cas, les problèmes sont identiques à ceux étudiés à propos de l'EI marié sous le régime légal, auquel nous renvoyons²⁰⁷.

137. Transition. - Les problèmes d'articulation entre le nouveau statut de l'EI et le droit des régimes matrimoniaux ne se limitent pas aux questions de pouvoirs. Ils se manifestent aussi en matière de passif, domaine sur lequel la réforme de 2022 reste silencieuse.

²⁰⁷ Voir *supra*, n° 87 et s.

Titre 2 : L'inopportun silence légal sur le passif du couple

138. Le mutisme législatif sur les dettes. - Alors que la loi du 14 février 2022 daigne consacrer un article aux pouvoirs des époux, elle n'aborde pas les règles de passif de l'EI et son conjoint. Une telle impasse surprend quand on se remémore l'intérêt de la dualité patrimoniale automatique instaurée par le nouveau statut de l'EI. En effet, le législateur a pris soin de conférer à l'EI deux patrimoines pour définir et surtout limiter le droit de gage de chaque créancier. Le but est de juguler le risque d'entreprise en empêchant les créanciers professionnels de s'attaquer aux biens privés. Le passif de l'EI et l'assiette de ses créanciers sont donc au cœur de la réforme. Il est dès lors étonnant que le législateur n'ait pas précisé l'étendue du droit de gage des créanciers lorsque l'EI est marié. Les règles posées à l'article L. 526-22 du Code de commerce ne suffisent pas à tracer les contours du droit de gage des créanciers de l'EI en couple. Il faut tenir compte des dispositions sur les dettes des époux, mais la coordination des textes brille par son absence dans la loi du 14 février 2022. Face à la négligence du législateur, la doctrine, puis la jurisprudence, auront la lourde tâche de combiner les textes pour délimiter le droit de gage des créanciers, aussi bien dans le régime légal (Chapitre 1) que dans les régimes conventionnels (Chapitre 2).

Chapitre 1 : En présence d'un entrepreneur individuel marié sous le régime légal

139. Distinction obligation/contribution à la dette. - Avant d'opérer le travail de combinaison sous le régime légal, il est nécessaire de revenir sur une distinction fondamentale : l'obligation à la dette et la contribution à la dette.

L'obligation à la dette correspond à la masse de biens formant le périmètre du droit de gage général des créanciers qui n'ont pas été désintéressés. En quoi consiste l'assiette des biens qu'ils peuvent saisir à défaut de règlement de la dette ?

La contribution à la dette est l'enjeu d'une question différente : qui a la charge définitive de la dette lors de la liquidation du régime ? La dette va-t-elle finalement peser sur la communauté et intégrer le passif commun définitif, ou devra-t-elle être assumée par les propres de l'un des époux ? La contribution à la dette peut aboutir à des récompenses si la dette payée par la communauté incombe de manière définitive aux propres d'un des membres du couple ou vice-versa. La contribution à la dette en présence d'un époux EI ne présente aucune

spécificité²⁰⁸. Il est donc préférable de se concentrer sur l'étude de l'obligation à la dette, source des difficultés.

140. Situations étudiées. - Les articles 1409 à 1418 du Code civil, traitant du passif en régime de communauté d'acquêts, doivent être articulés avec les textes sur l'EI pour délimiter le droit de gage général des créanciers de chaque membre du couple (Section I). La dette de cautionnement nécessite un traitement à part puisqu'un troisième ensemble normatif produit une interférence : le droit des sûretés (Section II).

Section I : La délimitation sinueuse du droit de gage général des créanciers

141. Une délimitation simple en apparence. - A la lecture des alinéas 4 et 6 de l'article L. 526-22 du Code de commerce, la question du droit de gage des créanciers apparaît d'une simplicité enfantine : le patrimoine professionnel est dédié au règlement des dettes professionnelles et le patrimoine personnel au paiement des dettes personnelles de l'EI.

142. Une délimitation complexe en pratique. - Cependant, dès lors que l'EI est marié, la simplicité cède sa place à moult problèmes d'articulation entre les règles de passif des régimes matrimoniaux et les dispositions sur l'EI. Évidemment, les questions relatives au passif se rencontrent à l'égard des créanciers de l'EI (§1). A bien y réfléchir, elles existent aussi s'agissant du traçage des contours du droit de gage des créanciers de son époux (§2). Les difficultés de combinaison sont d'autant plus retorses qu'un bien commun est pour son intégralité dans le patrimoine des deux époux. Les biens communs sont donc une catégorie spécifique de biens car situés, pour leur tout, dans deux patrimoines différents.

§1 - La délimitation du droit de gage des créanciers de l'entrepreneur individuel

143. Multiplicité des types de dettes. - Les dettes des époux sont plurielles. Il en existe plusieurs types : les dettes ordinaires contractées par les époux au cours du mariage, celles propres par nature ou, au contraire communes par nature (dettes ménagères et dettes alimentaires), celles d'emprunt ou encore de cautionnement. Face à cette multitude de dettes,

²⁰⁸ « Si le législateur a entendu, par la reconnaissance d'un tel patrimoine [professionnel], modifier les règles d'obligation à la dette en cantonnant le gage des créanciers professionnels, il n'est pas sûr qu'il ait entendu aller plus loin », C. Bourdairé-Mignot, Et 1, et 2, et 3 : exit le conjoint de l'entrepreneur individuel !, *préc.*, n° 26.

le régime légal a opéré des distinctions. La confrontation entre la communauté d'acquêts et le nouveau statut de l'EI invite, au niveau de l'obligation à la dette, à étudier d'un côté les dettes propres par nature à l'EI (A) et de l'autre les dettes ménagères, alimentaires et ordinaires (B).

A) La délimitation en présence de dettes propres par nature à l'entrepreneur individuel

144. Sort des revenus de l'EI. – Les revenus que l'EI se verse n'intègrent son patrimoine professionnel que lorsqu'ils sont utiles à son activité professionnelle. A défaut, ces revenus figurent dans le patrimoine personnel de l'EI²⁰⁹. Dans ce second cas, les créanciers professionnels, n'ayant pour gage que les biens compris dans le patrimoine professionnel, devraient être irrecevables à saisir ses gains et salaires.

145. Droit de gage de l'article 1411 du Code civil. - En régime matrimoniaux, si la dette contractée par un époux marié sous le régime légal est une dette dite propre par nature, du point de vue de l'obligation à la dette, le créancier bénéficie d'un droit de poursuite sur les biens propres de cet époux et sur ses revenus au sens large (gains et salaires et revenus de biens propres), selon l'article 1411 du Code civil.

146. Questionnement. - Comment combiner ces deux règles lorsque la dette propre par nature a été contractée par l'EI marié, sous le régime légal, envers un créancier professionnel ?

147. Refus d'une pure application des dispositions sur l'EI. - Une première possibilité serait d'appliquer purement et simplement l'article L. 526-22 du Code de commerce. Le créancier professionnel bénéficierait alors d'un gage portant sur tous les biens du patrimoine professionnel, y compris les biens communs. Cependant, cette réponse irait à l'encontre de l'article 1411 du Code civil.

148. Refus d'une pure application du droit des régimes matrimoniaux. - Une autre solution, cette fois-ci conforme à la règle de l'article 1411 du Code civil, serait d'autoriser le créancier professionnel à saisir les biens propres de l'EI et ses gains et salaires. Cependant, une

²⁰⁹ Y. Judeau et T. Leobon, Des prémices à la reconnaissance du patrimoine professionnel, *préc.*, n° 61 p. 41 ; J. Laurent, Les relations entre le patrimoine personnel et le patrimoine professionnel, *in* Premiers regards sur le nouveau statut d'entreprise individuelle, RJ com. 2022, p. 240.

telle réponse serait en contradiction avec la séparation des deux patrimoines, instaurée par la loi de 2022. En effet, certains biens propres de l'EI peuvent être rangés dans son patrimoine personnel. Les gains et salaires de l'EI peuvent aussi étoffer son patrimoine personnel, s'ils ne sont pas utiles à l'activité professionnelle. Normalement, ces biens devraient être hors de portée des créanciers professionnels, selon l'article L. 526-22 du Code de commerce.

149. Solution retenue. - La solution la plus adaptée consiste à articuler les deux textes en réduisant le droit de gage des créanciers professionnels d'une dette propre par nature aux seuls biens propres de l'EI compris dans le patrimoine professionnel, ainsi qu'aux revenus de l'EI utiles à son activité professionnelle²¹⁰. Les biens communs inclus dans le patrimoine professionnel²¹¹, ainsi que les biens propres et communs de l'EI placés dans son patrimoine personnel, échapperaient alors au créancier professionnel titulaire d'une dette présente.

150. Justification de la solution. - Une telle solution découle de l'adage « *specilia generalibus derogant* », comme l'expliquait déjà Monsieur Hervé Lécuyer à propos de l'EIRL²¹². En effet, l'article L. 526-22 du Code de commerce l'emporte sur les règles de régimes matrimoniaux. Les dispositions sur l'EI aboutissent ainsi à soustraire au droit de gage certains biens qui devraient normalement en faire partie selon l'article 1411 du Code civil.

151. Comparaison avec l'EIRL. - Le problème exposé existait déjà à propos de l'EIRL. La jurisprudence ne semble pas s'être prononcée sur ce sujet, le manque de succès de l'ERIL ayant abouti à peu de litiges en la matière. Une rare doctrine s'est penchée sur cette question. Les auteurs ont abouti au même diagnostic²¹³. Ainsi, une dette propre par nature, contractée par l'EIRL dans le cadre de son activité professionnelle, aurait pour assiette les biens propres et les revenus de l'EIRL affecté à son patrimoine professionnel.

²¹⁰ A.-L. Thomat-Raynaud et E. Dubuisson, L'entrepreneur individuel et les effets patrimoniaux de son nouveau statut. Quelles précautions lors de l'identification des personnes et la désignation des biens dans un acte ?, *préc.*, p. 27.

²¹¹ Sauf les gains et salaires compris dans le patrimoine professionnel.

²¹² H. Lécuyer, *Entreprise et famille, préc.*, p. 55.

²¹³ *Ibid.*

B) La délimitation en présence de dettes ménagères, alimentaires ou ordinaires

152. Assiette à déterminer. - Quelle est l'étendue du droit de gage dans l'hypothèse où l'entrepreneur individuel, marié sous le régime de la communauté d'acquêts, a contracté une dette ménagère solidaire ?

153. Problèmes d'articulation. - A la lecture de l'article L. 526-22 du Code de commerce, une telle dette étant inutile à l'activité professionnelle de l'EI, elle porterait seulement sur le patrimoine personnel de l'EI. Cependant, l'article 1414 du Code civil prévoit que l'assiette de la dette ménagère solidaire comprend les biens propres de l'époux débiteur, ceux de son conjoint ainsi que leurs biens communs, gains et salaires de l'époux non contractant inclus. Par application de cette règle du gage maximum, le créancier de la dette ménagère solidaire pourrait accéder à des biens entrant dans le patrimoine professionnel de l'époux. Cette solution contredirait l'article L. 526-22 du Code de commerce.

154. Solution retenue. - Encore une fois, il convient de combiner les deux textes. Le droit de gage d'un tel créancier doit être limité aux seuls biens du patrimoine personnel de l'EI et aux biens du patrimoine de son époux²¹⁴.

155. Exposition accrue des biens du conjoint de l'EI. - Cette réponse, quoique conforme aux articles précités, est entaché d'un bémol. En effet, en réduisant le droit de gage du créancier personnel, la solution proposée accroît la probabilité que le créancier saisisse les biens du patrimoine du conjoint de l'EI²¹⁵. Les biens de l'époux de l'EI sont donc davantage exposés par la séparation des patrimoines, notamment si l'EI a un patrimoine professionnel important et une maigre fortune personnelle.

156. Justifications de la limitation du droit de gage. - Pour relativiser, la dette qualifiée de ménagère et solidaire étant bénéfique au ménage, le règlement de celle-ci par le conjoint de l'EI peut se comprendre. De plus, du point de vue de la contribution à la dette, celle-ci pesant

²¹⁴ Solution déjà retenue sous l'EIRL. Voir F. Sauvage, l'EIRL familiale, RJPJF 2010-10/11, p. 10 ; A.-M. Leroyer et J.-F. Pillebout, EIRL et droit des régimes matrimoniaux et des successions, in L'EIRL, l'entrepreneur à responsabilité limitée, *préc.*, n° 283 et 284, p. 118 ; En ce qui concerne l'EI. Voir M. Leroy, Regards croisés avec le droit patrimonial, *préc.*, p. 268 ; C. Chwartz-Lair et C. Lisanti, Régimes matrimoniaux et nouveau statut de l'entrepreneur individuel, *préc.*, n° 20, p. 58.

²¹⁵ H. Lécuyer, Entreprise et famille, *préc.*, p. 55.

sur la communauté, le conjoint de l'EI ayant payé avec un bien propre jouira d'une récompense. Donc, malgré ce bémol, la solution proposée paraît la plus adaptée à la situation et à l'objectif de protection de l'EI. En effet, il faut garder à l'esprit le but du législateur de la loi du 14 février 2022 : renforcer la protection de l'EI.

157. Droit de gage en cas de dettes alimentaires, ménagères non solidaires et ordinaires. - Les développements sur cette question pourraient aussi s'appliquer aux dettes alimentaires²¹⁶, aux dettes ménagères non solidaires, et aux dettes ordinaires²¹⁷ contractées par l'EI, même si le droit de gage varierait légèrement. Les articles 1413, 1414 et 1418 sont de rigueur pour ces dettes. Le droit de gage du créancier recouvre les biens propres de l'époux débiteur et les biens communs du couple, à l'exclusion des gains et salaires de l'autre conjoint. Articulé avec le nouveau statut de l'EI, le droit de gage offert au créancier personnel de ces dettes se ramène aux biens du patrimoine personnel de l'EI et à ceux du patrimoine de son conjoint, à l'exclusion des gains et salaires et des biens propres de ce dernier²¹⁸.

§2- La délimitation du droit de gage des créanciers de l'époux de l'entrepreneur individuel

158. Créanciers du conjoint de l'EI. - Lorsque la question du passif du couple dont l'un des membres exerce la profession d'EI se pose, il est instinctif de penser aux dettes de l'EI lui-même. Or s'en tenir à ce seul cas revient à occulter le fait que l'époux de l'EI peut, lui aussi, avoir conclu des contrats et s'être endetté. Pour adopter une vision globale, déterminer le droit de gage des créanciers personnels (A) et professionnels (B) du conjoint de l'EI est primordial.

A) Les créanciers personnels du conjoint de l'entrepreneur individuel

159. Question du droit de gage des créanciers personnels du conjoint de l'EI. - Quel est le droit de gage des créanciers de l'époux de l'entrepreneur en présence d'une dette ordinaire ?

²¹⁶ C. Grare-Didier, EIRL et patrimoine conjugal, *préc.*, n° 45, p. 22

²¹⁷ H. Lécuyer, *Entreprise et famille*, *préc.*, p. 55 ; I. Sérandour, L'articulation du statut de l'entrepreneur individuel avec le droit patrimonial de la famille, *in* La réforme du statut de l'entrepreneur individuel, *préc.*, n° 492, p. 280.

²¹⁸ A.-L. Thomat-Raynaud et E. Dubuisson, L'entrepreneur individuel et les effets patrimoniaux de son nouveau statut. Quelles précautions lors de l'identification des personnes et la désignation des biens dans un acte ?, *préc.*, p. 27.

160. Droit de gage par application du seul droit des régimes matrimoniaux. - Par la combinaison des articles 1413, 1414 et 1418 du Code civil, le créancier d'une dette ordinaire devrait pouvoir saisir les biens propres du conjoint débiteur et les biens communs du couple, à l'exception des gains et salaires de l'époux non débiteur.

161. Contours du droit de gage par interprétation littérale de l'article L. 526-22, alinéa 4, du Code de commerce. - Cependant, compte tenu de la séparation des patrimoines de l'EI, se pose légitimement la question de l'exclusion du patrimoine professionnel de ce dernier. L'article L. 526-22 du Code de commerce limite le droit de gage des créanciers professionnels de l'EI aux biens compris dans son patrimoine professionnel, et celui des créanciers personnels aux autres actifs. Dans l'énoncé de cette répartition, l'article L. 526-22 alinéa 4 se réfère seulement aux créanciers de l'EI, comme le prouve l'expression « à l'égard de ses créanciers » (sous-entendu, ceux de l'entrepreneur individuel). Le texte reste silencieux sur le sort des créanciers du conjoint commun en biens de l'EI. En effet, ces créanciers ne sont pas ceux de l'EI mais ceux de son époux. Faut-il alors comprendre, qu'en l'absence de règles spécifiques les concernant, les créanciers du conjoint de l'EI restent soumis au droit commun, échappant ainsi aux contraintes posées par l'article L. 526-22 du Code de commerce ? Si l'on retient une telle interprétation, par application des articles 1413, 1414 et 1418 du Code civil, le créancier de l'époux commun en biens bénéficierait d'un gage moyen, portant sur les biens propres de l'époux débiteur et sur les biens communs au couple, sauf les gains et salaires de l'EI²¹⁹. Autrement dit, dans son assiette, le créancier pourrait saisir indifféremment des biens communs du patrimoine personnel et du patrimoine professionnel de l'EI²²⁰, mettant fin en pratique à la séparation patrimoniale à l'égard de ce créancier uniquement²²¹.

162. Contours à redessiner. - Cette solution, quoique conforme à la lettre des textes précités, peut susciter de nombreuses critiques. En effet, elle emporte certaines conséquences aberrantes. Par exemple, si l'on reprend la même dette ordinaire, mais cette fois-ci contractée par l'EI lui-même et non par son conjoint, le gage du créancier différera beaucoup. Dans cette

²¹⁹ C. Favre-Rochex, Le nouveau patrimoine professionnel, *in* Étude dossier, JCP éd. E. 2022, n° 1136, n° 16, p. 25.

²²⁰ B. Saintourens, Le statut de l'entrepreneur individuel après la loi du 14 février 2022, *préc.*, p. 447.

²²¹ En ce sens, à propos de l'EIRL, H. Lécuyer, *Entreprise et famille, préc.*, p. 55. « *Qui ne voit alors que le droit des régimes matrimoniaux par l'entremise du conjoint, détruit l'idée de cloisonnement et ruine la croyance selon laquelle le patrimoine affecté est réservé aux créanciers professionnels* ».

hypothèse, la dette étant personnelle, le créancier n'aurait accès qu'aux biens (propres ou communs) du patrimoine personnel de l'EI et aux biens communs du patrimoine du conjoint de l'EI. Seraient exclus du droit de gage les gains et salaires de l'époux de l'EI mais aussi tous les biens (propres ou communs) du patrimoine professionnel de l'EI. En comparant les deux situations, le créancier du conjoint de l'EI apparaît nettement avantagé par rapport au créancier personnel de l'EI lui-même. Il paraît incongru qu'un créancier du conjoint de l'EI, tiers par rapport à l'EI, ait accès à l'ensemble des biens communs de celui-ci (hormis les gains et salaires), là où le titulaire de la même créance, cocontractant de l'EI, ne peut saisir que les biens du patrimoine personnel de son débiteur. Comment admettre qu'un tiers puisse être mieux traité qu'un cocontractant se trouvant dans la même situation ?

163. Autres contours du droit de gage possible par une interprétation littérale et *a contrario* de l'article L. 526-22, alinéa 6 du Code de commerce. - La solution pourrait résider dans une certaine lecture de l'alinéa 6 de l'article 526-22. En effet, l'interprétation qui sera faite de ce texte pourrait régler les difficultés évoquées. Selon cet alinéa, « *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* ». Contrairement à l'alinéa 4 qui emploie le pronom possessif « *ses* » créanciers, l'alinéa 6 utilise l'article indéfini « *des* » créanciers. Le déterminant « *des* », dont l'emploi relève *a priori* du hasard de la rédaction plus qu'un choix délibéré, étend le champ des possibilités.

Avant d'aller plus loin, il faut rappeler la règle énoncée à l'alinéa 6 de l'article 526-22. L'objet de cet alinéa est de limiter au patrimoine personnel de l'EI le droit de gage « *des créanciers dont les droits ne sont pas nés à l'occasion de son exercice professionnel* ».

Reste à savoir qui sont les créanciers visés par cet alinéa 6. Par une interprétation littérale du texte, les créanciers concernés pourraient être les créanciers personnels de l'EI, mais aussi ceux de son conjoint. En effet, l'alinéa opte pour un déterminant indéfini, générique, sans référence au souscripteur de la dette. Finalement, la seule condition posée par le texte à propos du créancier est qu'il soit personnel. L'alinéa 6 retient juste un critère négatif : la créance ne doit pas être née dans le cadre de l'exercice de la profession de l'EI. Ainsi, par une interprétation *a contrario*, la personne bénéficiaire d'une créance née en dehors de la profession de l'EI devrait jouir d'un droit de gage sur l'ensemble du patrimoine personnel de l'EI.

En combinant lecture littérale et interprétation *a contrario*, le créancier visé par l'alinéa 6 peut être celui de l'époux de l'EI dès lors que la dette contractée est étrangère à l'exercice de l'activité professionnelle de l'EI. Si on privilégie cette approche, il faut considérer que le

créancier personnel du conjoint de l'EI se voit interdire de saisir les biens (propres ou communs) inclus dans le patrimoine professionnel de l'EI, tout comme les créanciers personnels de celui-ci.

164. Solution protectrice de l'EI. - Cette lecture doit être approuvée car admettre que le créancier du conjoint puisse aussi appréhender tous les actifs de l'EI, de son patrimoine personnel comme de son patrimoine professionnel, irait à l'encontre de la philosophie de la séparation des patrimoines, protectrice de l'EI.

165. Harmonie avec la jurisprudence du droit des entreprises en difficulté. - Déjà à l'époque de l'EIRL, Monsieur Frédéric Vauvillé²²² et Madame Anne Karm²²³ aboutissaient à cette conclusion, sans pour autant s'appuyer sur la lettre du texte, les dispositions sur l'EIRL ne permettant pas une telle interprétation littérale et *a contrario*. Pour ces auteurs, les créanciers de l'époux de l'EI ne méritent pas un gage aussi étendu et devraient jouir du même droit de saisie que les créanciers de l'EI. Pour se justifier, ces auteurs se réfèrent à un arrêt de la chambre commerciale du 14 mai 1996 sur le droit des entreprises en difficulté²²⁴. Cet arrêt considère que les créanciers d'une personne mariée sous le régime légal, dont le conjoint subit une procédure collective, doivent déclarer leurs créances à la procédure collective pour pouvoir appréhender un bien commun. Les créanciers du conjoint sont donc soumis aux règles du droit des entreprises en difficulté, alors même que leur débiteur ne fait pas l'objet de la procédure collective. Autrement formulé, pour pouvoir saisir les biens du débiteur, ses créanciers doivent faire preuve de curiosité en se renseignant non seulement sur le régime matrimonial adopté, mais aussi sur la situation du conjoint. Forts des informations récoltées, ils sauront qu'en présence d'une procédure collective, l'appréhension des biens communs exige une déclaration de créance. Monsieur Frédéric Vauvillé propose de transposer le raisonnement jurisprudentiel au cas des créanciers du conjoint de l'EIRL. Cette analyse pourrait aussi s'appliquer aujourd'hui aux créanciers de l'EI. La Cour de cassation pourrait exiger des créanciers d'une personne mariée qu'ils s'intéressent à la situation professionnelle du conjoint de leur débiteur et qu'ils respectent les spécificités découlant du métier de celui-ci. Ainsi, les créanciers de l'époux de l'EI devraient, après avoir découvert le statut d'entrepreneur individuel, se soumettre à l'article

²²² F. Vauvillé, Le conjoint de l'entrepreneur à responsabilité limitée, in Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Défossez, Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, p. 561.

²²³ A. Karm, Le patrimoine affecté de l'EIRL et les régimes matrimoniaux, *préc.*, n° 26.

²²⁴ Cass. com., 14 mai 1996, Bull. civ., IV n°129, D. 1996, p. 460, note J. Derrida ; RTD civ. 1996, p. 666, obs. P. Crocq.

L. 526-22 du Code de commerce et à la séparation des patrimoines. Leur droit de gage serait alors restreint, au même titre que celui des créanciers de l'EI. Cette proposition de Monsieur Frédéric Vauvillé est séduisante, d'autant plus que les créanciers du conjoint de l'EI ne pourront pas prétendre qu'ils ignoraient le statut de l'époux de leur débiteur pour espérer échapper à la réduction de leur droit de gage. En effet, leur méconnaissance serait illégitime en raison de la publicité de cette situation juridique. La Cour de cassation leur répondra que tout créancier diligent a le devoir de se renseigner sur ce point²²⁵. Les juges appliqueront donc l'article L. 526-22 du Code de commerce aux créanciers du conjoint de l'EI, indépendamment de leur connaissance ou non la situation.

166. Récapitulatif. - En suivant l'analyse littérale et *a contrario* proposée pour réduire le droit de gage des créanciers personnels du conjoint de l'EI, il faut distinguer. La règle de l'alinéa 4 ne jouerait qu'envers les créanciers professionnels de l'EI et non à l'égard des créanciers de son conjoint, comme l'indique l'expression « *à l'égard de ses créanciers* » qui fait référence aux seuls créanciers professionnels de l'EI. Celle de l'alinéa 6 s'appliquerait, en revanche, aussi bien aux créanciers personnels de l'EI qu'aux créanciers personnels de son époux.

B) Les créanciers professionnels du conjoint de l'entrepreneur individuel

167. Présentation d'une situation particulière. - A ce stade, la situation d'un créancier, que l'on rencontrera que très rarement en pratique, n'est pas encore réglée. Il s'agit du créancier du conjoint de l'EI dont la créance est née à l'occasion de l'activité professionnelle de l'EI. On peut qualifier ce créancier de « créancier professionnel » de l'époux de l'EI.

168. Mise en perspective de la situation. - Un exemple sur cette situation aidera à mieux la cerner et à planter le décor. Par exemple, Monsieur X, entrepreneur individuel fabricant de jouets en bois, est marié sous le régime de la communauté d'acquêts avec Madame X. L'atelier dans lequel Monsieur X fabrique ses jouets est un bien commun avec sa femme. Madame X contracte seule avec un couvreur pour une réfection de la toiture de ce local²²⁶. Le couvreur est le créancier de Madame X mais pas de Monsieur X. Sa créance envers Madame X est née à

²²⁵ En ce sens, CE, avis, 23-28 septembre 2021, n° 403701.

²²⁶ Pour rappel, les actes de conservation et d'administration font l'objet d'une gestion concurrente et peuvent être effectué par l'un ou l'autre des époux seul.

l'occasion de l'activité de Monsieur X, puisqu'elle porte sur la réfection de la toiture de l'atelier, bien utile à l'activité de Monsieur X. Quelle est l'étendue du gage offert au couvreur ?

169. Règles applicables à la situation. - La situation énoncée ne correspond pas à celle de l'alinéa 4 de l'article 526-22 du Code de commerce puisque cette partie du texte traite uniquement des créanciers professionnels de l'EI. L'alinéa 6 est aussi inapplicable puisqu'ici la dette est née à l'occasion de l'activité professionnelle de l'EI.

L'hypothèse envisagée n'étant traitée dans aucun des articles de la loi du 14 février 2022, il faut revenir aux règles classiques des dettes des époux communs en biens. Ainsi, par la combinaison des articles 1413, 1414 et 1418 du Code civil, le créancier professionnel de l'époux de l'EI bénéficie du gage moyen (biens propres du débiteur et biens communs des époux, à l'exclusion des gains et salaires de l'EI). Ce créancier reste avantagé par rapport aux autres puisqu'il peut toujours saisir, à sa guise, les biens du patrimoine personnel ou professionnel de l'EI, tout en pouvant se tourner vers le patrimoine de son débiteur. Donc, le mélange d'interprétation littérale et *a contrario* de l'alinéa 6 laisse subsister une inégalité au profit du créancier professionnel de l'époux de l'EI, ce qui est critiquable.

170. Proposition de modification de la loi. - La solution pour corriger ces difficultés, et éviter de recourir à des interprétations hybrides trop complexes, serait de réécrire l'alinéa 4 de l'article 526-22 du Code de commerce. Il serait judicieux d'ajouter à l'expression « *à l'égard de ses créanciers* », la formule suivante « *ou de toute personne susceptible de saisir ses biens* ». Cette proposition restaurerait une égalité entre les créanciers l'EI et ceux de son conjoint.

Section II : Le cas particulier des dettes issues de cautionnements

171. Interférence avec le droit des sûretés. - Les dettes provenant d'un cautionnement méritent d'être étudiées à part car un troisième corps de règles, le droit des sûretés, s'ajoute au duo composé par le droit des régimes matrimoniaux et le statut de l'EI. Ce triptyque intensifie le casse-tête d'articulation des différentes branches du droit, d'autant plus que les contours du droit de gage diffèrent en fonction de la personne du débiteur principal. Il peut s'agir de l'un des membres du couple (§1) ou d'un tiers (§2).

§1- La dette de cautionnement entre époux

172. Admission du cautionnement entre époux. - Le cautionnement, sûreté personnelle ouvrant à son bénéficiaire un droit de gage général sur le patrimoine de la caution, en plus de celui de son débiteur principal, peut très bien être souscrit en garantie d'une dette contractée par son époux. Ainsi, l'entrepreneur individuel peut se porter caution d'une dette de son époux (A) et vice-versa (B).

A) L'entrepreneur individuel, caution de son conjoint

173. Dispositions protectrices de la communauté légale. - Avant de délimiter l'assiette du créancier dans cette situation, il est nécessaire de rappeler quelques règles relatives à la caution mariée sous le régime de la communauté d'acquêts. Dans le régime légal, lorsqu'un époux contracte un cautionnement, trois situations sont envisageables en fonction de la posture adoptée par son conjoint.

Si un époux s'engage en qualité de caution, sans que l'autre y ait expressément consenti, le créancier bénéficiera d'un gage limité aux seuls biens propres et aux revenus de l'époux caution, selon l'article 1415 du Code civil.

Si le cautionnement d'un époux est souscrit avec l'accord exprès de son conjoint, l'article 1415 prévoit que le gage sera moyen, c'est-à-dire qu'en plus des biens précités, pourront aussi être saisis tous les biens communs, à l'exclusion des gains et salaires de l'époux ne s'étant pas porté caution, conformément aux articles 1413, 1414 et 1418 du Code civil.

Enfin, si les deux époux sont cautions, l'article 1415 est écarté : le créancier jouit d'un gage maximum incluant tous les biens communs et propres des deux membres du couple.

Les règles précitées s'appliquent même si un conjoint cautionne la dette de son époux, débiteur principal. S'agissant toutefois d'un cautionnement entre époux, la troisième situation dans laquelle le couple se porte caution de la dette est impossible car l'époux débiteur principal ne peut pas cautionner sa propre dette. Cela méconnaîtrait l'exigence d'altérité de la caution²²⁷. Pour le reste, aucune règle spécifique n'a été créée à propos du cautionnement entre époux.

Une fois ce préalable rappelé, il faut appliquer les deux premières situations au nouveau statut de l'entrepreneur individuel.

²²⁷ Cass. com. 28 avril 1967, Bull. civ. IV, n° 215.

1) Le cautionnement souscrit par l'entrepreneur individuel seul

174. Situation étudiée. - Est visée ici l'hypothèse où l'EI s'est engagé seul à cautionner une dette de son conjoint, sans l'autorisation expresse de ce dernier.

175. Incidence du double patrimoine de l'EI sur le droit de gage. - L'EI ayant deux patrimoines distincts l'un de l'autre, lorsqu'il cautionne une dette de son conjoint, le droit de gage porte-t-il sur l'ensemble des biens propres et des revenus de l'EI, ou seulement sur ceux compris dans l'un de ses patrimoines ?

176. Le bénéficiaire du cautionnement, créancier de l'EI et de son conjoint. - La qualification du créancier bénéficiaire du cautionnement de l'EI permettra de répondre à cette question. Avant la conclusion du cautionnement, le créancier, cocontractant du conjoint de l'EI, est un tiers vis-à-vis de l'EI ; aucun contrat ne les lie à ce stade. En revanche, un lien contractuel naît lors de la souscription du cautionnement. En effet, le cautionnement est un contrat accessoire entre un créancier et une caution, par lequel cette dernière s'engage à payer le premier en cas de défaillance du débiteur principal. En prenant un tel engagement, l'entrepreneur individuel caution se rend débiteur accessoire du créancier bénéficiaire. Donc, par le biais du cautionnement, le créancier du conjoint de l'EI devient aussi le créancier de l'EI lui-même. En tant que créancier de l'EI, le créancier titulaire de la sûreté est soumis aux exigences de l'article L. 526-22 du Code de commerce, et a un droit de gage limité.

177. Identification du patrimoine objet du droit de de gage. - Reste à savoir si son droit de gage porte sur les biens propres et revenus du patrimoine personnel ou professionnel de l'EI. Tout dépend de savoir si le bénéficiaire de la sûreté est un créancier personnel ou professionnel de l'EI. Dans la première hypothèse, l'assiette comprend les biens propres et revenus du patrimoine personnel. Dans la seconde, le droit de gage correspond aux biens propres et aux revenus du patrimoine professionnel de l'EI.

178. Méthodes de détermination du caractère professionnel ou personnel de la dette. - Plusieurs procédés peuvent être utilisés pour qualifier de personnelle ou professionnelle la créance du titulaire du cautionnement.

En s'appuyant sur le caractère accessoire du cautionnement, on pourrait estimer que la qualification de la dette de cautionnement suivra celle conférée à la dette principale. En effet,

l'accessoire suit le principal, selon l'adage *accessorium sequitur principale*. Si la dette contractée par le conjoint est en lien avec l'exercice de l'activité professionnelle de l'EI, la dette de cautionnement serait professionnelle. A l'inverse, si la dette du conjoint est sans rapport avec la profession de l'EI, la dette de cautionnement serait personnelle.

Une autre méthode d'appréciation du caractère personnel ou professionnel consiste à partir de la dette de cautionnement elle-même, pour vérifier si elle répond au critère utilitaire posé par la loi du 14 février 2022. La dette de cautionnement est-elle utile à l'exercice de l'activité professionnelle de l'EI ? Si la réponse est positive, la dette serait professionnelle et, à défaut, elle serait personnelle. Pour savoir si le cautionnement de l'EI est utile à son activité professionnelle, il faut identifier la raison pour laquelle l'EI s'est porté caution. L'EI a souscrit un cautionnement pour garantir la dette de son époux. Finalement, ce mécanisme de qualification nécessite de s'intéresser aussi à la dette du conjoint, en recherchant la raison pour laquelle l'époux de l'EI s'est endetté. On en arrive alors à la même distinction que celle opérée sur le fondement du caractère accessoire du cautionnement.

Les deux approches aboutissent au même résultat, mais la première doit être préférée car elle y mène de façon moins alambiquée.

179. Droit de gage du créancier. - Pour résumer, lorsque l'EI se sera engagé seul à cautionner une dette de son conjoint étrangère à l'exercice de son activité professionnelle, le créancier bénéficiaire du cautionnement verra, en tant que créancier de l'EI, son droit de gage limité aux biens propres et aux revenus de l'EI figurant dans son patrimoine personnel. A l'inverse, si la dette contractée par le conjoint est née à l'occasion de la profession de l'EI²²⁸, alors le créancier, jouissant d'un cautionnement de l'EI, pourra saisir les biens propres et les revenus du patrimoine professionnel de l'EI, en sa qualité de créancier de ce dernier. Bien évidemment, en tant que créancier du conjoint de l'EI, débiteur principal, le titulaire du cautionnement pourra aussi saisir les mêmes biens que tout créancier de l'époux de l'EI²²⁹.

²²⁸ Situation qui devrait être plutôt rare en pratique.

²²⁹ Voir *supra* n° 158 et s. ; Voir *infra* n° 181.

2) Le cautionnement souscrit par l'entrepreneur individuel avec accord exprès de son époux

180. Hypothèse étudiée. - Le cas étudié est celui où l'EI cautionne la dette de son époux avec le consentement explicite de celui-ci. Contrairement à la situation où les deux conjoints se portent cautions solidaires, l'hypothèse évoquée ici peut s'appliquer au cautionnement entre époux. En effet, alors que dans le premier cas, le conjoint de l'EI cumule les rôles de caution et débiteur principal, ce qui est interdit, dans le second cas, l'époux de l'EI ne devient pas lui-même caution. Il faut éviter l'amalgame entre la manifestation de volonté qui se résume à approuver la conclusion d'un contrat liant autrui, sans être soi-même partie, et l'engagement véritable, par lequel l'individu devient coobligé.

181. Droit de gage du bénéficiaire du cautionnement pris en sa qualité de créancier du conjoint de l'EI. - Pour mesurer au mieux les répercussions du consentement du conjoint de l'EI sur l'étendue du droit de gage du créancier titulaire du cautionnement, il convient de rappeler l'assiette des biens que celui-ci pouvait déjà saisir, en présence d'une dette ordinaire, avant la souscription de la sûreté, et donc en tant que créancier du conjoint de l'EI.

Le créancier personnel de l'époux de l'EI dispose d'un droit de gage sur l'ensemble des biens du conjoint de l'EI. Avec la lecture littérale et *a contrario*²³⁰, l'assiette de ce créancier comprend aussi les biens communs de l'EI figurant dans son patrimoine personnel. Les biens propres et communs dans son patrimoine professionnel ainsi que les biens propres de son patrimoine personnel échappent au créancier personnel de son conjoint.

Le créancier professionnel de l'époux de l'EI jouit d'un droit de saisie sur les biens du patrimoine personnel ou professionnel de l'EI²³¹. Il peut aussi appréhender tous les actifs du conjoint de l'EI.

182. Effet habituel produit par le consentement de l'époux. - Le consentement du conjoint au cautionnement de son époux marque le passage d'un gage limité à un gage moyen. Il permet au titulaire de la sûreté de saisir, en plus des biens propres et des gains et salaires de l'époux débiteur, les biens communs du couple, à l'exclusion des revenus du mari ou de la femme non-caution.

²³⁰ Voir *supra* n° 163.

²³¹ Voir *supra* n° 169.

183. Consentement n'apportant rien au créancier professionnel. - En articulant ces différentes règles, malgré le consentement du conjoint de l'EI, le sort du créancier professionnel demeure inchangé. En effet, ce dernier pouvait déjà saisir l'ensemble des biens communs du couple, sauf les gains et salaires de l'EI. Un cautionnement émis sans le consentement du conjoint lui suffit pour élargir son droit de gage aux gains et salaires et aux biens propres de l'EI. Obtenir le consentement du conjoint ne présente donc aucun intérêt pour ce créancier.

184. Consentement sans attractivité pour le créancier personnel aussi. - En revanche, se pose la question de la saisie, par le créancier personnel bénéficiaire du cautionnement, des biens communs compris dans le patrimoine professionnel de l'EI. Le créancier personnel du conjoint de l'EI étant aussi devenu créancier de l'EI par le biais du cautionnement, il doit à coup sûr respecter les exigences de l'article L. 526-22, alinéa 6 du Code de commerce. En tant que créancier personnel de l'EI, son droit de gage est limité aux actifs personnels de celui-ci, et n'atteint pas le patrimoine professionnel. Ainsi, les biens communs du couple compris dans le patrimoine professionnel de l'EI sont toujours protégés²³². Là encore, obtenir le consentement du conjoint de l'EI à la sûreté personnelle n'apporte rien au créancier. L'article L. 526-22, alinéa 6, confère donc une protection importante au couple, que le consentement du conjoint ne réussit pas à évincer. La seule possibilité pour le créancier d'appréhender les biens communs du patrimoine professionnel serait de faire renoncer l'EI à la séparation de ses patrimoines, mais la loi ne le permet pas²³³.

185. Conclusion. - Ainsi, lorsque la dette cautionnée est ordinaire, que ce soit pour le créancier personnel ou professionnel, le consentement du conjoint au cautionnement souscrit par l'EI apparaît inutile, faute d'avoir la moindre répercussion sur l'assiette de leur droit de gage.

B) L'entrepreneur individuel, cautionné par son conjoint

186. Impossibilité pour l'EI de se porter caution de sa propre dette. - Dans le cadre de son activité professionnelle, un entrepreneur a besoin d'investir. Pour obtenir suffisamment

²³² Q. Guiguet-Schiélé, L'articulation du nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur avec son régime matrimonial, *préc.*, p. 45.

²³³ Voir *supra* n° 69. En effet, la renonciation ne peut intervenir qu'à l'égard d'un créancier professionnel. Or ici le créancier est personnel.

de liquidités, les entrepreneurs passent par la voie de l'emprunt. Or les banquiers et autres prêteurs sont friands de sûretés en garantie de leur appui financier. Parmi les plus réclamées, se hisse le cautionnement, par lequel une caution expose l'intégralité de son patrimoine en s'engageant à payer la dette du débiteur principal si celui-ci est défaillant. Puisque l'entrepreneur individuel a désormais deux patrimoines, la doctrine aurait pu s'interroger sur la faculté pour lui de cautionner ses dettes professionnelles grâce à son patrimoine personnel, autrement dit de se porter caution de lui-même²³⁴. Pour éviter des discussions à ce sujet, le législateur a préféré prohiber expressément un tel montage à l'alinéa 2 de l'article L. 526-22 du Code de commerce. Que le débiteur et la caution aient des patrimoines distincts ne suffit pas : ils doivent en plus être des personnes différentes ; chacun doit disposer d'une personnalité juridique propre²³⁵.

187. Situations étudiées. - Face à cette interdiction, les banquiers vont demander au conjoint de l'EI de se porter caution²³⁶. Cette pratique étant vouée à se répandre²³⁷, il faut s'intéresser à la délimitation du droit de gage dans deux hypothèses : celle où l'époux de l'EI s'engage seul (1), et celle où l'EI consent au cautionnement (2).

1) Le conjoint de l'entrepreneur individuel cautionnant son époux sans l'accord exprès de celui-ci

188. Droit de gage du bénéficiaire du cautionnement en tant que créancier de l'EI.
- Lorsque l'EI contracte une dette pour les besoins de son activité professionnelle, celle-ci sera professionnelle. Le cocontractant, comme n'importe quel créancier professionnel, pourra saisir l'ensemble des actifs du patrimoine professionnel de son débiteur, selon l'article L. 526-22, alinéa 4 du Code de commerce. Au contraire, si la dette est étrangère à l'activité professionnelle

²³⁴ La loi sur l'EIRL n'avait pas indiqué si l'EIRL pouvait s'auto-cautionner. Ce silence légal avait conduit à des discussions doctrinales sur l'admission ou le rejet de l'auto-cautionnement dans cette hypothèse. En faveur de l'auto-cautionnement de l'EIRL, voir notamment N. Borga, L'EIRL et la constitution de sûretés personnelles, Bull. Joly Entreprises en difficultés 2011, n° 1, p. 76 ; F. Pérochon, EIRL : un patrimoine peut en garantir un autre. La validité des sûretés constituées au titre d'un patrimoine de l'EIRL en garantie de dettes de l'autre patrimoine, Rev. Proc. coll. 2011, n° 2, dossier 25. Contre l'auto-cautionnement de l'EIRL, voir notamment B. Dondero, L'EIRL, ou l'entrepreneur fractionné, JCP G 2010, n° 25, 679 ; V. Bonnet, Les sûretés et l'EIRL, JCP N 2012, n° 40, 1338.

²³⁵ S. Cabrillac, Entrepreneur individuel : et si les difficultés concernaient le financement du patrimoine privé ?, JCP N 2022, 1175, n° 3, p. 35.

²³⁶ V. Avena-Robardet, Attention au nouveau statut de l'entrepreneur individuel marié, *préc.*, p. 169 ; D. Legeais, Le crédit consenti à l'entrepreneur individuel, Rev. dr. banc. et fin. 2022, Étude 3 ; G. Goubeaux, Le divorce de l'EIRL, in Mélanges en l'honneur de Philippe Merle, *préc.*, n° 5, p. 325 ; I. Dauriac et C. Grare-Didier, Famille, entreprise, les deux vies de l'entrepreneur individuel, *préc.*, n° 13, p. 31.

²³⁷ Y. Judeau et T. Leobon, Des prémices à la reconnaissance du patrimoine professionnel, *préc.*, n° 95, p. 45.

de l'EI, le créancier disposera d'un droit de saisie sur les seuls biens du patrimoine personnel de l'EI, selon l'alinéa 6 du même texte.

189. Droit de gage du bénéficiaire du cautionnement en tant que créancier du conjoint de l'EI. - Lorsque le conjoint de l'EI cautionne une dette de celui-ci sans que l'EI ne consente à l'acte, en plus des biens précités, le créancier de l'EI aura accès aux biens propres de la caution, et à ses gains et revenus.

190. Agencement heureux des trois corps de règles. - De la sorte, la détermination du droit de gage dans cette hypothèse ne pose aucune difficulté et relève purement et simplement de l'application successive des articles L. 526-22 du Code de commerce et 1415 du Code civil. Sur ce point, les trois ensembles législatifs se coordonnent à merveille.

2) Le conjoint de l'entrepreneur individuel cautionnant son époux avec l'accord exprès de celui-ci

191. Détermination du droit de gage sous le seul prisme de l'article 1415 du Code civil. - Si l'EI consent au cautionnement souscrit par son époux pour garantir sa dette, le créancier bénéficiaire de la sûreté devrait alors accéder, en plus des biens propres et des gains et salaires de la caution, aux biens communs du couple, sauf les gains et salaires du conjoint simple consentant.

192. Incidence de la dissociation des patrimoines de l'EI. - Puisque l'EI a deux patrimoines, son accord au cautionnement contracté par son époux aime-t-il tous les biens communs du couple dans le droit de gage, ou n'y fait-il entrer que ceux de l'un de ses patrimoines (professionnel en présence d'un créancier professionnel, personnel dans les autres cas) ? Autrement dit, le consentement de l'EI remet-il en cause l'étanchéité entre les deux patrimoines ?

193. Maintien protecteur de la séparation des patrimoines. - En combinant les dispositions sur le statut de l'EI et celles relatives au cautionnement des époux, il est vraisemblable que la séparation de patrimoines doive persister. Cette solution s'inscrirait dans le cadre de la législation et de la jurisprudence protectrices de la caution. En effet, le législateur et le juge ont tendance à favoriser la caution face au créancier, compte tenu de la dangerosité

de cette sûreté. De plus, cette solution concorderait avec l'objectif du législateur de protéger l'EI. C'est le but même de la loi du 14 février 2022.

194. Droit de gage en cas de dette propre par nature. - En présence d'une dette propre par nature, le consentement de l'EI entrainera un élargissement du droit de gage. En effet, si la dette de l'EI est propre par nature, le créancier professionnel pourra saisir les biens propres de son débiteur principal (l'EI) compris dans le patrimoine professionnel, et ses revenus utiles à son activité professionnelle²³⁸. Grâce au cautionnement du conjoint de l'EI, le créancier pourra aussi appréhender les biens propres et les gains et salaires de celui-ci. Le consentement de l'EI permettra d'ajouter au droit de gage du créancier les biens communs figurant dans le patrimoine professionnel si la dette est professionnelle, ou les actifs communs inclus dans le patrimoine personnel si la dette est personnelle.

195. Droit de gage en cas de dette ordinaire, ménagère ou alimentaire. - Lorsque la dette est ordinaire, ménagère ou alimentaire, le créancier personnel de l'EI pourra appréhender, dans le cadre du droit de poursuite contre son débiteur principal, les biens du patrimoine personnel de l'EI²³⁹, par la combinaison des articles 1413, 1414 et 1418 du Code civil²⁴⁰. Grâce au cautionnement souscrit par le conjoint de l'EI, le créancier voit son droit de gage étendu aux biens propres et aux revenus de cette caution. Ici, le consentement de l'EI au cautionnement contracté par son époux s'avère inutile, puisqu'aucun actif supplémentaire ne viendra gonfler le droit de gage du bénéficiaire du cautionnement. En effet, le créancier personnel a déjà accès aux biens du patrimoine personnel de l'EI, celui-ci étant le débiteur principal. Le consentement de l'EI au cautionnement ne permet pas de saisir en plus les biens communs du patrimoine professionnel, la dissociation des patrimoines étant maintenue²⁴¹.

§2- La dette de cautionnement au profit d'un tiers

196. Tiers cautionné par l'EI ou son conjoint. - La souscription d'une sûreté personnelle par un époux commun en biens n'est pas cantonnée à la seule hypothèse du cautionnement entre époux. Un cautionnement au profit d'un tiers, c'est-à-dire d'un individu

²³⁸ Le créancier personnel de l'EI pourra, quant à lui, saisir les biens propres du patrimoine personnel ainsi que les revenus de l'EI figurant dans ce patrimoine.

²³⁹ Ou les biens du patrimoine professionnel de l'EI, s'il est un créancier professionnel.

²⁴⁰ Voir *supra* n° 154.

²⁴¹ Voir *supra* n° 193.

autre que son conjoint, est admis. L'article 1415 du Code civil s'applique aussi à cette situation. Toutefois, lorsque l'un des conjoints est EI, il faut tenir compte de la dualité de ses patrimoines. Il s'ensuit que le droit de gage du bénéficiaire de la sûreté ne correspond pas exactement à celui décrit à l'article 1415 du Code civil. Cela se vérifie que la caution soit l'EI (A) ou son conjoint (B).

A) L'entrepreneur individuel, caution d'un tiers

197. Cautionnement souscrit par l'EI seul. - Dans l'hypothèse où l'EI cautionne seul la dette d'un tiers, le droit de gage du titulaire du cautionnement est le même qu'en présence d'un cautionnement profitant au conjoint de l'EI²⁴². Le droit de poursuite se limite aux seuls biens propres et revenus du patrimoine personnel de l'EI, si le bénéficiaire de la sûreté est un créancier personnel de l'EI, en vertu de la combinaison des articles 1415 du Code civil et L. 526-22 du Code de commerce. Au contraire, le droit de gage couvre l'ensemble des biens propres et des revenus du patrimoine professionnel de l'EI si le cocontractant qui a réclamé le cautionnement est un créancier professionnel de l'EI²⁴³. Simplement, puisque cette fois-ci le débiteur principal est un tiers et non le conjoint de l'EI, les actifs du patrimoine de l'époux de l'EI échappent au créancier.

198. Consentement exprès émis par le conjoint de l'EI caution. - Si le conjoint de l'EI consent à ce que celui-ci souscrive un cautionnement, le droit de gage sera élargi au-delà des biens précités (biens propres et revenus de l'un des patrimoines de l'EI selon la qualité du bénéficiaire de la sûreté). Cependant, contrairement à ce qu'indique l'article 1415 du Code civil, certains biens communs du couple seront exclus, par application de l'article L. 526-22 du Code de commerce. En effet, le titulaire de la sûreté, parce qu'il est devenu créancier de l'EI par la conclusion du cautionnement, est soumis à la séparation de patrimoines. Le droit de gage sera seulement étendu aux biens communs du patrimoine professionnel de l'EI si le créancier est professionnel, et aux seuls actifs communs du patrimoine personnel de l'EI dans les autres cas²⁴⁴. Obtenir le consentement du conjoint de l'EI assure au bénéficiaire de la sûreté un droit

²⁴² Voir *supra* n° 174 et s.

²⁴³ C. Chwartz-Lair et C. Lisanti, Régimes matrimoniaux et nouveau statut de l'entrepreneur individuel, *préc.*, n° 22, p. 58. V. Bonnet, L'entrepreneur individuel en couple : « Le couple quelle drôle d'idée », *in* Mélanges en l'honneur du Professeur Arlette Martin-Serf, *préc.*, n° 17, p. 73.

²⁴⁴ S. Deville, Nouveau statut de l'entrepreneur individuel et régime matrimonial légal : une fausse bonne idée, *préc.*, p. 44 ; I. Sérandard, L'articulation du statut de l'entrepreneur individuel avec le droit patrimonial de la

de saisie plus important qu'en cas de cautionnement souscrit par l'EI seul, certains biens communs pouvant alors être appréhendés. Dans tous les cas, seront forcément hors de portée du créancier les biens propres et les gains et salaires du conjoint de l'EI, simple consentant au cautionnement²⁴⁵.

199. Cautionnement solidaire des époux. - Il arrive qu'un créancier convainque les deux époux de se porter caution de la dette de son débiteur principal.

De manière usuelle, un tel cautionnement s'accompagne d'une clause de solidarité, synonyme d'une perte des bénéfices de division et de discussion : le créancier peut poursuivre indifféremment l'une ou l'autre des cautions, sans rechercher au préalable le paiement auprès du débiteur principal.

Normalement, dans cette situation, le droit de gage du titulaire du cautionnement est maximum, c'est-à-dire qu'il peut appréhender tous les biens du couple de cautions.

Cependant, lorsque l'un des époux caution est EI, l'article L. 526-22 du Code de commerce invite à distinguer. Soit le créancier est professionnel, et il faut soustraire de son gage les biens communs du patrimoine personnel de l'EI. Soit le créancier est personnel, et il n'a pas accès aux actifs communs professionnels. En définitive, par rapport à l'hypothèse où le conjoint de l'EI se contente d'approuver le cautionnement, l'extension du droit de gage se limite aux biens propres et aux revenus du conjoint de l'EI.

B) Le conjoint de l'entrepreneur individuel, caution d'un tiers

200. Cas étudiés. - La situation où les deux membres du couple se portent ensemble cautions de la dette d'un tiers ayant déjà été examinée, il suffit d'étudier le cas où le conjoint de l'EI cautionne seul la dette d'un tiers (1) et celui où l'EI consent au cautionnement (2).

1) Le cautionnement souscrit par le conjoint de l'EI seul

201. Qualification des revenus compris dans le droit de gage et conséquences. - Si l'époux de l'EI décide de cautionner la dette d'un tiers, sans recueillir l'accord de l'EI à un tel contrat, seuls les biens propres de la caution et ses revenus seront engagés. Les revenus

famille, *in* La réforme du statut de l'entrepreneur individuel, *préc.*, n° 494, p. 280 ; C. Chwartz-Lair et C. Lisanti, Régimes matrimoniaux et nouveau statut de l'entrepreneur individuel, *préc.*, n° 22, p. 58

²⁴⁵ Article 1415 du Code civil.

s'entendent au sens large car, outre les gains et salaires du conjoint de l'EI, ils comprennent les revenus de ses biens propres²⁴⁶. Selon l'article 1401 du Code civil et l'arrêt *Guichaux* de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation du 8 février 1978²⁴⁷, les gains et salaires sont qualifiés de biens communs. La Cour de cassation a conféré la même qualification aux revenus de propres perçus. Elle l'a fait d'abord implicitement dans un arrêt *Authier* du 31 mars 1992²⁴⁸, puis de manière explicite par un arrêt du 20 février 2007²⁴⁹. Étant des biens communs, les revenus de l'EI entrent à la fois dans l'un des patrimoines de l'EI et dans celui de son époux. Si les revenus du conjoint de l'EI sont utilisés pour l'activité professionnelle de l'EI, ils intègrent son patrimoine professionnel. Tel serait le cas d'un versement de ces gains sur le compte bancaire professionnel de l'EI. A défaut, ils sont dans le patrimoine personnel de l'EI.

202. Question de l'étendue du droit de gage. - A ce stade, le fait que l'époux de la caution soit un EI conduit à se demander si le bénéficiaire du cautionnement peut réellement saisir ou non l'ensemble des revenus de son débiteur accessoire. Autrement dit, est-il soumis à l'article L. 526-22 du Code de commerce ; subit-il une restriction de son droit de poursuite ?

203. Qualification du créancier bénéficiaire du cautionnement. - Qualifier le titulaire de la sûreté est indispensable pour trouver la réponse. Le bénéficiaire du cautionnement est le créancier principal du tiers dont la dette est garantie par le conjoint de l'EI. Depuis la souscription du cautionnement, le titulaire de la sûreté est aussi le créancier accessoire de l'époux de l'EI. En revanche, il n'est pas le créancier de l'EI lui-même, aucun acte juridique n'ayant été conclu entre eux. Le bénéficiaire du cautionnement sera un créancier personnel du conjoint de l'EI si celui-ci a contracté dans un but autre que professionnel, comme aider un membre de sa famille ou un ami par exemple. Au contraire, le titulaire de la sûreté aura la qualité de créancier professionnel si le conjoint de l'EI s'est porté caution dans le cadre d'une activité professionnelle. Tel est le cas si le conjoint de l'EI est dirigeant d'une société débitrice principale.

²⁴⁶ G. Yildirim, Répertoire de droit civil, V° Communauté légale : répartition des dettes, n° 178 ; R. Cabrillac, Passif de la communauté légale, in Lamy Droit des régimes matrimoniaux, successions et libéralités, n° 130-40.

²⁴⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 8 février 1978, D. 1978, IR, p. 238, obs. D. Martin ; RTD civ. 1979, p. 592, obs. R. Nerson et J. Rubellin-Devichi.

²⁴⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 31 mars 1992, Defrénois 1992, p. 1121, note G. Champenois ; RTD civ. 1993, p. 401, obs. F. Lucet et B. Vareille.

²⁴⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2007, D. 2007, p. 1578, note M. Nicod ; RTD civ. 2007, p. 618, obs. B. Vareille ; Defrénois 2008, p. 307, obs. G. Champenois.

204. Détermination du droit de gage. - Le titulaire de la sûreté étant seulement le créancier du conjoint de l'EI, il faut appliquer les règles définies plus haut²⁵⁰ pour fixer les bornes de son droit de gage.

Si le créancier est personnel à l'époux caution, par les interprétations littérale et *a contrario* de l'alinéa 6 de l'article L. 526-22 du Code de commerce, il pourra appréhender, outre les biens propres de sa caution, les revenus de celle-ci compris dans le patrimoine personnel de l'EI. Ainsi, le fait que le conjoint de la caution soit un EI a pour incidence d'exclure du droit de gage les revenus de la caution compris dans le patrimoine professionnel de l'EI, et ce alors même que ces revenus sont aussi dans le patrimoine du débiteur accessoire.

Si le titulaire du cautionnement est professionnel, l'alinéa 4 de l'article L. 526-22 ne s'appliquant pas aux créanciers du conjoint de l'EI, le droit de gage s'étendra à tous les biens propres de l'époux caution, ainsi qu'à l'ensemble de ses revenus. Peu importe que ces derniers se trouvent dans le patrimoine professionnel ou personnel de l'EI. Dans cette hypothèse, la frontière entre les patrimoines de l'EI est brisée. La protection accordée à l'EI est alors inefficace.

2) Le cautionnement souscrit par le conjoint de l'entrepreneur individuel avec le consentement de son époux

205. Contours du droit de gage, selon l'article 1415 du Code civil. - Si le conjoint de la caution donne son consentement à l'acte, l'article 1415 du Code civil étend le gage du créancier aux actifs communs au couple, à l'exclusion des gains et salaires de l'époux non débiteur.

206. Articulation avec le statut de l'EI. - Qu'en est-il lorsque le conjoint de la caution est un EI ? Ici, le créancier jouissant du cautionnement n'est garanti que par le conjoint de l'EI. Le titulaire de la sûreté n'est pas le créancier de l'EI. En effet, l'EI s'est contenté de donner son assentiment à l'émission de la sûreté, sans promettre d'éponger lui-même la dette du débiteur principal. De plus, à la différence d'un cautionnement entre époux, l'EI n'est pas le débiteur principal de la dette cautionnée. Puisque le bénéficiaire de la sûreté est seulement le créancier de l'époux de l'EI, il faut de nouveau utiliser les règles relatives au droit de gage des créanciers du conjoint de l'EI. Ainsi, si le créancier est personnel, le droit de gage sera composé de tous

²⁵⁰ Voir *supra* n° 158 et s.

les propres de l'époux caution et des seuls biens communs du patrimoine personnel de l'EI, à l'exclusion des gains et salaires de l'EI. La lecture littérale et *a contrario* invite à exclure les biens communs du patrimoine professionnel de l'EI. Au contraire, si le créancier est professionnel, les biens communs des deux patrimoines pourront être saisis, sauf les gains et salaires de l'EI.

207. Comparaison avec le cautionnement souscrit par le conjoint de l'EI seul. - En définitive, le consentement de l'EI permet d'élargir le droit de gage du créancier à des biens communs autres que les gains et salaires et les revenus de propres du conjoint de l'EI. Le titulaire de la sûreté a donc tout intérêt à convaincre l'EI de consentir au cautionnement de son époux.

Chapitre 2 : En présence d'un entrepreneur individuel marié sous un régime conventionnel

208. Régimes conventionnels examinés. - Comme en matière de pouvoirs, le sort des dettes de l'EI et de son conjoint ne peut pas être examiné dans tous les régimes matrimoniaux conventionnels, ceux-ci étant multiples. On se limitera au cas de l'EI marié sous le régime de la séparation de biens, de la participation aux acquêts ou de la communauté universelle. Le régime de communauté de meubles et acquêts est exclu du champ d'étude car il ne présente guère de particularités sur le passif du couple, en comparaison avec le régime légal actuel²⁵¹. Après avoir articulé le statut de l'EI avec les règles de passif sous les régimes séparatistes (Section I), il faudra procéder au même exercice à propos du régime de la communauté universelle (Section II).

Section I : Le passif du couple pour un entrepreneur individuel marié sous un régime conventionnel séparatiste

209. Pluralité d'hypothèses. - Que ce soit sous le régime de la séparation de biens ou sous celui de la participation aux acquêts, chaque époux paye ses propres dettes. Par exception, lorsque la dette contractée est solidaire, les biens des deux membres du couple seront engagés. Le droit de gage des créanciers va donc varier selon que la dette est personnelle à l'EI (§1) ou qu'il y a solidarité entre l'EI et son conjoint (§2).

§1- Assiette du gage en cas d'obligation personnelle à l'entrepreneur individuel

210. Variation du droit de gage selon la composition des patrimoines de l'EI. - Comme toute personne mariée sous un régime séparatiste, l'EI est propriétaire de biens personnels²⁵², dont il a l'exclusive titularité. À leur côté cependant, des droits indivis peuvent figurer dans ses patrimoines. Cela va influencer sur le droit de gage des créanciers de l'EI. Son assiette varie selon que les patrimoines de l'EI se composent exclusivement de biens dont il est seul propriétaire (A) ou à la fois de tels biens et de droits indivis (B).

²⁵¹ Voir *supra* n° 113.

²⁵² Dans cette section, l'expression « *biens personnels* » sera entendue au sens que lui confère le droit des régimes matrimoniaux, et non comme les biens du patrimoine personnel de l'EI.

A) Hypothèse de patrimoines composés uniquement de biens ayant l'EI pour seul propriétaire

211. Droit des régimes matrimoniaux : indépendance des passifs. - Une personne mariée sous un régime séparatiste, quand elle contracte une dette, en répond sur l'ensemble de ses biens personnels. Ceux de son conjoint sont à l'abri des prétentions du créancier impayé. L'indépendance des passifs de chaque époux concerne toutes les dettes, qu'elles aient été conclues avant ou pendant le mariage, selon l'article 1536 du Code civil²⁵³.

212. Statut de l'EI : cantonnement du droit de gage. - L'article L. 526-22 du Code de commerce prévoit un cloisonnement du droit de gage des créanciers de l'EI. Ses créanciers professionnels ont pour droit de gage les biens de son patrimoine professionnel, et ses autres créanciers ceux de son patrimoine personnel.

213. Combinaison des textes. - Lorsque l'EI s'endette pour les besoins de son activité professionnelle, le créancier pourra saisir, en cas de non-règlement, les biens personnels du patrimoine professionnel²⁵⁴. En revanche, les biens personnels du patrimoine personnel de l'EI sont protégés en vertu de l'article L. 526-22, alinéa 4, du Code de commerce. Les actifs de son époux sont aussi à l'abri, conformément aux prévisions de l'article 1536 du Code civil.

Lorsque la dette a un caractère extra-professionnel, le créancier aura un droit de gage limité aux biens du patrimoine personnel de l'EI²⁵⁵. En effet, l'article L. 526-22, alinéa 6, du Code de commerce invite à exclure les biens personnels du patrimoine professionnel de l'EI. L'article 1536 du Code civil interdit la saisie des biens personnels du conjoint de l'EI.

L'articulation des deux matières est donc assez simple. Il en va de même lorsque les patrimoines de l'EI comprennent aussi des droits indivis.

²⁵³ Cet article fait partie des textes sur le régime de la séparation de biens. La règle édictée s'étend au régime de participation aux acquêts, l'article 1569 du Code civil y renvoyant.

²⁵⁴ C. Chwartz-Lair et C. Lisanti, Régimes matrimoniaux et nouveau statut de l'entrepreneur individuel, *préc.*, n° 19, p. 58.

²⁵⁵ *Ibid.*

B) Hypothèse de patrimoines mélangeant des biens dont l'EI a la propriété exclusive et des biens indivis

214. Patrimoines de l'EI incluant des droits indivis. - Comme vu précédemment, des situations d'indivision peuvent se rencontrer dans un couple séparé de biens²⁵⁶ mais aussi chez des personnes pacsées. Il n'est donc pas exclu de rencontrer des droits indivis dans les patrimoines professionnel et/ou personnel de l'EI. La quote-part indivise de l'EI sera un actif professionnel si ce bien est utile à son activité professionnelle. Dans les autres cas, elle sera personnelle, au sens de l'article L. 526-22, alinéa 6, du Code de commerce.

215. Question du droit de gage des créanciers de l'EI indivisaire. - Une question se pose alors : quel est le droit de gage des créanciers de l'EI lorsque ses patrimoines comprennent des droits indivis ? Malgré le mutisme légal sur ce point²⁵⁷, les auteurs s'accordent sur l'application du droit commun de l'indivision²⁵⁸, comme c'était déjà le cas sous l'EIRL²⁵⁹.

216. Droit commun de l'indivision. - Selon l'article 815-17, alinéa 2, du Code civil, les créanciers personnels d'un indivisaire ne peuvent pas saisir sa part sur un bien indivis. L'alinéa 3 du même texte précise que les créanciers de l'indivisaire sont admis à provoquer le partage par la voie de l'action oblique, afin de pouvoir poursuivre l'exécution sur la part qu'il recevra.

217. Articulation avec le statut de l'EI. - Les créanciers professionnels de l'EI pourront donc appréhender les biens personnels professionnels. En revanche, ils ne peuvent pas se faire payer sur la quote-part indivise d'un bien utile à l'activité professionnelle. Le palliatif qui s'offre à eux consiste à demander le partage, comme le permet l'article 815-17, alinéa 3, du Code civil. La même analyse vaut à l'égard des créanciers personnels de l'EI.

²⁵⁶ Voir *supra* n° 126.

²⁵⁷ T. Revet, La désubjectivation du patrimoine, *préc.*, n° 12, p. 473.

²⁵⁸ C. Favre-Rochex, Le nouveau patrimoine professionnel, *in* Étude dossier, JCP éd. E. 2022, n° 1136, n° 9, p. 23 ; Y. Judeau et T. Leobon, Des prémices à la reconnaissance du patrimoine professionnel, *préc.*, n° 96, p. 45 ; B. Dondero, Place à l'entrepreneur individuel à deux patrimoines (EI2P) !, *préc.*, n° 58, p. 206 ; A.-L. Thomat-Raynaud et E. Dubuisson, L'entrepreneur individuel et les effets patrimoniaux de son nouveau statut. Quelles précautions lors de l'identification des personnes et la désignation des biens dans un acte ?, *préc.*, p. 27 ;

²⁵⁹ F. Sauvage, l'EIRL familiale, *préc.*, p. 10

La combinaison du droit de l'indivision et du statut de l'EI, en termes de passif, se révèle ainsi plutôt aisée. La coordination est un peu plus complexe lorsque l'obligation souscrite est solidaire.

§2- Assiette du gage en cas d'obligation solidaire entre l'entrepreneur individuel et son conjoint

218. Limitation des développements à la solidarité légale. - L'article 1536 du Code civil pose certes le principe selon lequel chaque époux est tenu seul des dettes qu'il a contractées. Cependant, le texte réserve une exception à l'indépendance des passifs, exprimée par la formule « *hors le cas de l'article 220* ». L'article 220 du Code civil prévoit la solidarité pour les dettes ménagères. Même si l'article 1536 ne le précise pas, il existe d'autres exceptions : dès qu'une dette est solidaire, que la solidarité soit légale ou conventionnelle, les époux y sont tenus ensemble sur la totalité de leurs biens. Les cas de solidarité sont nombreux. Les examiner tous n'est pas indispensable. Il est préférable de se concentrer sur les deux principales hypothèses de solidarité pour un couple marié sous un régime séparatiste, à savoir la dette ménagère de l'article 220 du Code civil (A) et celle d'impôt sur le revenu (B).

A) La dette ménagère de l'article 220 du Code civil

219. Solidarité ménagère. - Selon l'article 220 du Code civil, texte du régime primaire impératif, lorsqu'un époux contracte une dette relative à l'entretien du ménage ou à l'éducation des enfants, les conjoints y sont tenus solidairement. Sont notamment concernées les dettes ayant pour finalité de se vêtir, se nourrir ou se loger. Les époux répondent de ces dettes sur l'intégralité de leurs biens.

220. Articulation avec le statut de l'EI. - La dette ménagère est sans lien avec l'activité professionnelle de l'EI²⁶⁰. Cette dette est née pour des besoins purement domestiques d'entretien du ménage et d'éducation des enfants. L'article L. 526-22, alinéa 6, du Code de commerce, limite en conséquence le droit de gage du créancier aux biens personnels du patrimoine personnel de l'EI²⁶¹. Les biens professionnels ne peuvent pas être engloutis à

²⁶⁰ Cass. 1^{ère} civ. 10 mai 1995, JCP N., 1996, I, 1295, obs. G. Wiederkehr.

²⁶¹ A.-M. Leroyer et J.-F. Pillebout, EIRL et droit des régimes matrimoniaux et des successions, in L'EIRL, l'entrepreneur à responsabilité limitée, *préc.*, n° 283, p. 118.

l'occasion des poursuites : seuls les créanciers dont la créance se rapporte à l'activité professionnelle de l'EI y ont accès. La dette ménagère étant solidaire, les biens personnels du conjoint de l'EI sont aussi saisissables. Pour résumer, à défaut de paiement de la dette, le créancier aura comme assiette du gage les biens du conjoint de l'EI, ceux du patrimoine personnel de l'EI, mais pas ceux de son patrimoine professionnel²⁶².

221. Risque de déséquilibre dans le remboursement au détriment du conjoint de l'EI. - L'articulation de l'article 220 du Code civil et de la loi du 14 février 2022 aboutit à un résultat fâcheux : le droit de gage du créancier à l'égard du conjoint de l'EI est plus étendu que celui dont il jouit vis à vis de l'EI. En effet, une partie des biens de l'EI, à savoir ceux de son patrimoine professionnel, sont protégés, alors que l'ensemble des biens de son époux sont à la merci du créancier de la dette ménagère.

Le créancier bénéficiant de la solidarité ne subit pas le principe de division. Ce principe contraint le créancier à diligenter autant de poursuites qu'il y a de débiteurs, sans pouvoir réclamer à chacun d'eux davantage que sa part. Le créancier titulaire d'une créance solidaire peut, quant à lui, faire régler l'intégralité de sa dette par n'importe lequel des débiteurs. Cela lui évite de multiplier les actions en justice. C'est un gain de temps et de frais procéduraux que de poursuivre un seul débiteur. Le créancier d'une dette ménagère solidaire agira *a priori* contre l'époux ayant le plus de biens saisissables. Comme le créancier dispose ici d'un droit de gage plus étendu à l'égard du conjoint de l'EI, il est probable que ce dernier soit le seul poursuivi pour l'intégralité de la somme due.

La situation est donc déséquilibrée au désavantage du conjoint de l'EI. La dualité patrimoniale de l'EI nuit à son époux alors que ce n'est pas l'objectif voulu par le législateur. La séparation patrimoniale a été instaurée pour limiter les risques d'exercice d'une activité professionnelle indépendante, mais aussi pour protéger le conjoint de l'EI contre les assauts des créanciers professionnels de son époux. Le législateur n'a sans doute pas pris conscience que, ce faisant, l'époux de l'EI allait se retrouver plus exposé à l'encontre des créanciers personnels du couple. Ce revers de la médaille avait pourtant déjà été signalé par des auteurs à propos de l'EIRL²⁶³.

²⁶² I. Dauriac et C. Grare-Didier, Famille, entreprise, les deux vies de l'entrepreneur individuel, *préc.*, n° 11, p. 30.

²⁶³ C. Grare-Didier, EIRL et patrimoine conjugal, *préc.*, n° 45 à 46, p. 22.

222. Critique à relativiser. - La critique émise peut toutefois être nuancée.

D'une part, le créancier de la dette ménagère solidaire peut, si le patrimoine personnel de l'EI est insuffisant, ne pas jeter son dévolu sur les biens personnels du conjoint de l'EI, et saisir des actifs professionnels « *dans la limite du montant du bénéfice réalisé lors du dernier exercice clos* ». En offrant cette possibilité au créancier, l'article L. 522-26, alinéa 6, du Code de commerce rééquilibre quelque peu la situation. En effet, le dispositif pourrait inciter le créancier de la dette ménagère solidaire, s'il tient vraiment à ne poursuivre que l'un des débiteurs, à cibler l'EI sans assigner son conjoint.

D'autre part, si, dans le cadre de l'obligation au passif, le conjoint de l'EI a intégralement payé la dette ménagère solidaire avec ses biens personnels, il peut, en sa qualité de débiteur *solvens*, réclamer à l'EI le remboursement de sa part contributive. L'équilibre sera restauré par ce biais. Cependant, encore faut-il que l'époux de l'EI décide de le poursuivre pour obtenir le paiement, ou que l'EI rembourse spontanément sa part de la dette. En cas de poursuite, puisque la dette d'origine est non professionnelle, seuls pourront être appréhendés les biens du patrimoine personnel de l'EI. Les biens du patrimoine professionnel de l'EI resteront protégés par le cantonnement du droit de gage de l'article L. 522-26 du Code de commerce.

Malgré ces nuances, la position du conjoint de l'EI n'est pas très favorable face à une dette ménagère solidaire. La situation est plus équitable lorsqu'il s'agit de payer l'impôt sur le revenu.

B) La dette d'impôt sur le revenu

223. Solidarité pour le règlement de l'impôt sur le revenu. - L'article 1691 *bis* du Code général des impôts instaure une solidarité des époux pour le paiement de l'impôt sur le revenu. Les conjoints mariés sous un régime séparatiste y sont tenus sur la totalité de leurs biens personnels.

224. Confrontation au statut de l'EI. - L'EI bénéficiant de deux patrimoines, il aurait été logique de rechercher si l'impôt sur le revenu est une dette née à l'occasion de son activité professionnelle ou non. Il aurait été possible d'y voir une dette professionnelle, au motif que les revenus de l'EI ont pour source son activité professionnelle. Le droit de gage de l'administration fiscale aurait alors été limité aux seuls biens personnels du patrimoine professionnel de l'EI, et à tous les biens personnels de son époux. Cependant, la loi a préféré ne pas restreindre le droit de gage du fisc aux seuls biens personnels du patrimoine

professionnel. En effet, les articles L. 526-24, alinéa 1, du Code de commerce et L. 273 B du livre des procédures fiscales étendent l'assiette du gage aux biens des deux patrimoines de l'EI. L'administration fiscale jouit alors d'un gage maximum : à défaut de règlement de l'impôt sur le revenu, elle peut saisir à sa guise les biens personnels du conjoint de l'EI ou ceux de l'un des deux patrimoines de l'EI²⁶⁴.

225. Situation équivalente à celle de tous les couples. - En comparant le cas d'un couple dont un membre est EI marié sous un régime séparatiste, et celui d'un ménage sans EI soumis au même régime matrimonial, le droit de gage se révèle identique. L'articulation avec le statut de l'EI ne présente donc pas de difficulté en matière d'impôt sur le revenu. En plus d'être aisée, la combinaison des textes est heureuse : le conjoint de l'EI n'est pas désavantagé, le droit de gage du fisc étant étendu de la même façon vis-à-vis de l'EI et son époux.

Section II : Le passif du couple pour un entrepreneur individuel marié sous le régime de la communauté universelle

226. Sort des dettes sous la communauté universelle. - Lorsque des époux sont mariés sous le régime de la communauté universelle, tous leurs biens sont communs, à l'exception de ceux qualifiables de propres par nature au sens de l'article 1404 du Code civil. L'article 1526, alinéa 2, du Code civil en tire une conséquence logique : « *la communauté universelle supporte définitivement toutes les dettes des époux, présentes et futures* ». En résumé, « *l'universalité active répond de l'universalité passive* »²⁶⁵. Lorsqu'un époux marié sous la communauté universelle contracte une dette, son créancier a pour droit de gage l'ensemble des biens communs, à l'exception des gains et salaires du conjoint non débiteur.

227. Articulation avec le statut de l'EI. - Pour un couple sous communauté universelle dont l'un des membres est EI, la délimitation du droit de gage pourrait varier selon que le créancier est celui de l'EI (§1) ou de son conjoint (§2).

²⁶⁴ Résidence principale comprise car la dette n'est pas professionnelle au sens de l'article L. 526-1 du Code de commerce.

²⁶⁵ F. Terré et P. Simler, Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés, *préc.*, n° 434, p. 358.

§1- Assiette du gage du créancier de l'EI marié sous la communauté universelle

228. Distinction. - L'EI ayant deux patrimoines, lesquels répondent de dettes différentes selon leur origine, il faut distinguer deux situations.

229. Dette professionnelle. - Si la dette contractée par l'EI marié sous la communauté universelle est née à l'occasion de l'activité professionnelle, l'article L. 526-22, alinéa 4, du Code de commerce, combiné à l'article 1526 du Code civil, limite le droit de gage aux biens du patrimoine professionnel de l'EI. Certains biens communs sont à l'abri des poursuites : le créancier ne pourra saisir ni les biens du patrimoine personnel de l'EI²⁶⁶ ni les gains et salaires de son époux, celui-ci n'étant pas débiteur de la dette²⁶⁷.

230. Dette non professionnelle. - Lorsque la dette souscrite par l'EI est étrangère à son activité professionnelle, son créancier bénéficie d'un droit de poursuite sur les biens communs au couple figurant dans le patrimoine personnel de l'EI, par combinaison des articles L. 526-22, alinéa 6, du Code de commerce, et 1526, alinéa 2, du Code civil. En revanche, le créancier n'a aucun droit sur les biens professionnels de l'EI, ni sur les gains et salaires du conjoint.

231. Comparaison avec une dette solidaire sous un régime séparatiste. - Dans les régimes séparatistes, lorsqu'une dette est solidaire, la protection tantôt des biens personnels du patrimoine professionnel de l'EI, tantôt de ceux de son patrimoine personnel, conduit à une injustice vis-à-vis du conjoint de l'EI car, on l'a vu, ses actifs personnels ont plus de chance d'être saisis²⁶⁸.

Sous la communauté universelle, la protection offerte à certains biens de l'EI n'aboutit pas à une telle injustice. Le conjoint de l'EI n'est pas victime de la séparation patrimoniale, dans la mesure où les biens vulnérables aux poursuites seront toujours communs au couple. De plus, ici, les biens protégés par la dualité patrimoniale sont forcément des biens communs aux époux. Le cantonnement du droit de gage bénéficie donc aussi au conjoint de l'EI.

²⁶⁶ Article L. 526-22, alinéa 4, du Code de commerce.

²⁶⁷ Article 1414 du Code civil. Ce texte du régime légal joue aussi en matière de communauté universelle. R. Le Guidec, Communauté conventionnelle, communauté universelle, JCl, Civil Code, art. 1526, Fasc. Unique, n° 19

²⁶⁸ Voir *supra* n° 218.

§2- Assiette du gage du créancier du conjoint de l'EI marié sous la communauté universelle

232. Situation complexe. - Si le débiteur du créancier est le conjoint de l'EI, c'est-à-dire si c'est l'époux de l'EI qui a contracté la dette, agencer la loi du 14 février 2022 avec les règles de passif de la communauté universelle est plus complexe.

233. Question de la soumission à l'article L. 526-22 du Code de commerce. - La difficulté est que le créancier n'est pas celui de l'EI mais de son époux. L'EI est un tiers au contrat générateur de la dette. Le créancier du conjoint de l'EI est-il, comme ceux de l'EI, soumis au cantonnement du droit de gage institué par l'article L. 526-22 du Code de commerce ?

De la réponse à cette question, dépend l'étendue du droit de gage du créancier dont dispose le conjoint de l'EI. Si l'article L. 526-22 joue, le créancier de l'époux de l'EI verra son droit de gage limité aux biens communs d'un seul des patrimoines de l'EI²⁶⁹. Dans le cas contraire, le créancier disposera d'un droit de poursuite sur les biens communs des deux patrimoines de l'EI, à l'exclusion de ses gains et salaires.

234. Réponse controversée à propos de l'EIRL. - Sous l'EIRL, certains auteurs, comme Monsieur Hervé Lécuyer²⁷⁰, ont estimé que la limitation du droit de gage ne valait qu'à l'égard des créanciers de l'EIRL. D'autres²⁷¹, se fondant sur un arrêt du 14 mai 1996²⁷², déjà étudié²⁷³, considèrent que les créanciers du conjoint de l'EIRL voient aussi leur droit de gage restreint par la dualité patrimoniale.

235. Réponse possible sous le nouveau statut de l'EI. - Le libellé de l'article L. 526-22 du Code de commerce permet d'apporter une réponse plus précise, tout au moins lorsque la dette contractée par le conjoint de l'EI est née à l'occasion de l'exercice de l'activité

²⁶⁹ A savoir le patrimoine professionnel si la dette est née à l'occasion de l'activité professionnelle de l'EI, et le patrimoine personnel dans les autres cas.

²⁷⁰ H. Lécuyer, *Entreprise et famille, préc.*, p. 55.

²⁷¹ F. Vauvillé, *Le conjoint de l'entrepreneur à responsabilité limitée*, in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Défossez, préc.*, p. 561 ; A. Karm, *Le patrimoine affecté de l'EIRL et les régimes matrimoniaux, préc.*, n° 26.

²⁷² Cass. com., 14 mai 1996, Bull. civ., IV n°129, D. 1996, p. 460, note J. Derrida ; RTD civ. 1996, p. 666, obs. P. Crocq.

²⁷³ Voir *supra*, n° 165.

professionnelle²⁷⁴. En effet, pour les dettes relatives à l'activité professionnelle de l'EI, le cantonnement ne joue qu'à l'égard des créanciers de l'EI, comme l'indique expressément l'alinéa 4 de l'article L. 526-22²⁷⁵. Ainsi, le créancier professionnel du conjoint de l'EI peut saisir l'ensemble des biens communs des deux patrimoines, sauf les gains et salaires de l'EI, protégés par l'article 1414 du Code civil.

En revanche, les contours du droit de gage du créancier personnel du conjoint de l'EI sont toujours aussi incertains. En effet, l'utilisation du déterminant indéfini « *des* » créanciers par l'alinéa 6 de l'article L. 526-22 du Code de commerce pourrait permettre, par une interprétation littérale et *a contrario*, de considérer que cet alinéa joue pour tous les créanciers, même ceux du conjoint de l'EI, dont la dette est étrangère à l'exercice de la profession d'EI²⁷⁶. Cette lecture du texte est intéressante car elle évite certaines situations aberrantes, vues précédemment²⁷⁷.

Cependant, encore faut-il que les juges acceptent une telle interprétation, ce qui n'est pas acquis. La jurisprudence devra tôt ou tard définir la consistance du droit de gage du créancier de l'époux de l'EI, à moins que le législateur intervienne lui-même pour combler les silences et imperfections en régimes matrimoniaux.

²⁷⁴ La conclusion d'une telle dette par le conjoint de l'EI devrait toutefois être rare en pratique.

²⁷⁵ L'alinéa 4 emploie le pronom possessif « *ses* » qui renvoie exclusivement aux créanciers de l'EI. Pour davantage de développements sur la question voir *supra* n° 163 et 169.

²⁷⁶ Pour plus de développement sur cette interprétation, voir *supra* n° 163.

²⁷⁷ Voir *supra* n° 162.

Conclusion de la partie 1 :

236. EI et mariage : quel régime matrimonial choisir ? - Le statut de l'EI ayant été articulé avec l'ensemble des régimes matrimoniaux, il est désormais possible de déterminer quel régime semble le plus adapté à sa situation. De nombreux juristes se sont interrogé sur ce point, dès l'EIRL²⁷⁸. Les débats ont repris avec la réforme de 2022²⁷⁹.

Beaucoup d'auteurs préconisent d'adopter le régime de la séparation des biens. En plus de conférer à l'entrepreneur la gestion indépendante des actifs de son patrimoine professionnel, ce régime protège les biens personnels de son conjoint contre les poursuites de ses créanciers. La séparation de biens assure donc un équilibre entre autonomie de gestion de l'EI et sécurité financière du conjoint. L'intérêt pour un EI de choisir la séparation de biens s'est accru avec la réforme de 2022. En effet, alors que l'EI commun en biens se trouve aujourd'hui dans une situation de flou juridique sur les règles de pouvoirs et de passif qui lui sont applicables, l'articulation avec les régimes séparatistes est plus aisée²⁸⁰. « *Le choix du régime légal doit, de ce fait, être évincé, et [...] la séparation de biens apparaît plus protectrice* »²⁸¹. Les avantages de la séparation de biens ont même conduit certains à proposer d'en faire le régime légal²⁸².

D'autres auteurs, même s'ils reconnaissent les vertus de la séparation de biens, alertent sur ses dérives dans l'hypothèse où un seul des conjoints exerce une activité professionnelle : l'époux ne travaillant pas se retrouvera souvent démuné en cas de liquidation du régime matrimonial. Ainsi, Monsieur Philippe Simler estime que la séparation de biens ne doit pas devenir le nouveau régime légal²⁸³. L'auteur propose d'établir comme nouveau régime légal une « *communauté de gestion séparée* »²⁸⁴ dans laquelle chaque époux serait le seul à pouvoir administrer et disposer des biens communs qu'il a acquis. Chaque conjoint n'aurait aucun

²⁷⁸ S. Castagné, *Entreprise, entreprise individuelle, choix, formalités diverses JCl. Entreprise individuelle*, Fasc. 530, n° 38 et s ; A. Karm, *Entreprise individuelle, société et EIRL, quels critères de choix au regard des régimes matrimoniaux*, in *Le régime matrimonial du chef d'entreprise en 10 questions*, *préc.*, p. 31 et s. ; N. Jullian, *la cession de patrimoine*, thèse précitée, n° 320, p. 325.

²⁷⁹ S. Deville, *Nouveau statut de l'entrepreneur individuel et régime matrimonial légal : une fausse bonne idée*, *préc.*, p. 44.

²⁸⁰ Les incertitudes sur la situation de l'EI marié sous le régime de la séparation de biens se limitent aux règles de pouvoirs sur le logement de la famille et les biens indivis ainsi qu'au droit de gage pour les dettes ménagères solidaires. Pour l'EI commun en biens, les difficultés sont plus importantes : pouvoirs de gestion des biens communs, rôle du conjoint dans le transfert du patrimoine professionnel, délimitation du droit de gage quel que soit la dette concernée, ect.

²⁸¹ S. Deville, *Nouveau statut de l'entrepreneur individuel et régime matrimonial légal : une fausse bonne idée*, *préc.*, p. 44.

²⁸² Proposition de loi n° 2519 du 21 janvier 2015.

²⁸³ P. Simler, *Pour un autre régime matrimonial légal*, in *Mélanges en hommage à François Terré*, 1999, Dalloz, p. 459

²⁸⁴ *Ibid.* p. 464.

pouvoir sur les biens communs acquis par l'autre. En matière de passif, la dette ordinaire contractée par un époux n'engagerait que ses biens propres et les biens communs dont il a la gestion. Seraient alors protégés les biens communs acquis et gérés par le conjoint non débiteur. Monsieur Philippe Simler juge ce régime « *particulièrement appropriée à la situation d'époux exerçant l'un et l'autre une activité professionnelle individuelle* »²⁸⁵. Malgré les avantages exposés, la réforme de 2022 sur l'EI n'incite pas à retenir la proposition. En effet, de nouvelles difficultés d'articulation verraient le jour. Par exemple, si le conjoint de l'EI a acheté un bien commun qui se révèle utile à l'activité de son époux, l'EI pourrait-il intervenir dans la gestion de ce bien commun présent dans son patrimoine professionnel, ou devrait-il s'abstenir en vertu de la « *gestion séparée* » ?

Si la loi du 14 février 2022 a déçu les patrimonialistes, au moins aura-t-elle eu le mérite de raviver les interrogations sur la pertinence du régime légal actuel. Donnant l'occasion de répertorier les difficultés soulevées par la communauté d'acquêts lorsque l'un des époux est EI, cette loi sera peut-être le point de départ d'une réflexion qui aboutira à la construction d'un nouveau régime légal. Si cette perspective a de quoi réjouir les spécialistes de droit patrimonial de la famille, ils ne seront qu'à-demi comblés tant que subsistera une source d'insatisfaction parallèle, liée aux problèmes d'articulation avec le droit des successions et des libéralités.

²⁸⁵ *Ibid.* p. 465.

Partie 2 : L'accueil du statut de l'entrepreneur individuel en droit des successions et des libéralités

237. Ordre d'approche des matières par le législateur. - Alors que la loi du 14 février 2022 reste quasiment muette sur la manière dont le statut de l'EI se conjugue avec les régimes matrimoniaux, elle s'est davantage intéressée à l'autre pan du droit patrimonial de la famille : le droit des successions et des libéralités, plusieurs articles étant consacrés à ces questions. Le législateur commence, à l'alinéa 8 de l'article L. 526-22 du Code de commerce, par régler le cas de l'EI décédé. Il se penche ensuite, aux articles L. 526-27 à L. 526-30 du même Code, sur le transfert à titre gratuit du patrimoine professionnel de l'EI. En traitant d'abord du droit des successions puis de celui des libéralités, la réforme a respecté l'ordre dans lequel la matière est traditionnellement abordée par les enseignants²⁸⁶.

238. Choix d'un examen selon l'ordre inverse. - Cependant, à l'instar de quelques ouvrages²⁸⁷, il nous a semblé plus opportun d'étudier d'abord les libéralités consenties par l'EI, avant de s'attarder sur sa succession. Plusieurs arguments justifient ce choix atypique.

La première raison est chronologique. Une personne consent une donation et rédige un testament de son vivant. Elle décède dans un second temps. Articuler le statut de l'EI avec le droit des libéralités en premier permet de respecter l'ordre naturel des événements.

La seconde raison est méthodologique. Le droit des successions permet de savoir ce qu'il advient du patrimoine d'une personne à son décès²⁸⁸, mais aussi de revenir sur les libéralités qu'elle a réalisées. La matière permet de déterminer les héritiers du défunt, le sort de ses biens et de son passif, leur répartition, afin de liquider la succession. Le règlement de la succession impose au notaire, avant de partager le patrimoine du *de cuius* entre ses héritiers, de vérifier si des indemnités de rapport et/ou de réduction sont dues. Pour cela, le praticien devra qualifier les actes effectués par le défunt de son vivant, déterminer s'il s'agit de libéralités ou non et s'interroger sur leur caractère rapportable et/ou réductible. A ce stade, connaître le droit des libéralités est indispensable pour qualifier correctement chaque acte. Donc, si l'on s'intéresse au droit des successions avant celui des libéralités, il est impossible d'aborder, dans les développements sur les successions, la question des restitutions successorales. Celui qui

²⁸⁶ M. Grimaldi, Droit des successions, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2020.

²⁸⁷ B. Beignier et S. Torricelli-Chrifi, Libéralités et successions, LGDJ Lextenso, 5^{ème} éd., 2020 ; B. Vareille (dir.), Successions Libéralités, Mémento Pratique F. Lefebvre 2021.

²⁸⁸ Ou dans le cas de l'EI de ses patrimoines.

présente le droit des successions avant le droit des libéralités sera alors contraint de traiter de la liquidation et du partage de la succession bien après avoir étudié le droit des successions. Cette méthode crée une coupure dans la technique liquidative et oblige à opter pour un plan tripartite.

Ainsi, pour reprendre une opinion doctrinale, il nous « *est apparu plus cohérent, tant au regard de la logique de la vie que, plus encore, de la technique liquidative elle-même, de commencer par*²⁸⁹ » concilier statut de l'EI et droit des libéralités (Titre 1) avant de s'intéresser à la succession de l'EI (Titre 2).

²⁸⁹ B. Beignier et S. Torricelli-Chrifi, *Libéralités et successions, préc.*, p. 16.

Titre 1 : Les libéralités consenties par l'entrepreneur individuel

239. Définition générale de la libéralité. - La libéralité, définie à l'article 893 du Code civil, est un acte à titre gratuit par lequel, une personne, le disposant, s'appauvrit au profit d'une autre, le gratifié, qui s'enrichit corrélativement. Le disposant est animé d'une intention libérale à l'égard du bénéficiaire, c'est-à-dire qu'il a la conscience et la volonté de s'appauvrir.

240. Transmission et pérennité de l'entreprise. - Il existe deux grandes catégories de libéralités : la donation et le legs. L'une comme l'autre ont pour objet de céder à titre gratuit un ou plusieurs biens, voire un patrimoine depuis les lois du 15 juin 2010 sur l'EIRL et du 14 février 2022 sur l'EI. Le droit des libéralités repose sur l'idée de transmission à titre gratuit. Lorsque le disposant est un entrepreneur, l'objet de la libéralité peut être une entreprise et l'ensemble des biens affectés à son exploitation. Le transfert à titre gratuit de l'entreprise individuelle d'une personne à une autre a pour objectif d'assurer la poursuite de l'activité. Le législateur s'est intéressé à ce passage de relais et a cherché à le faciliter à travers différentes réformes.

L'objectif de maintien de l'entreprise est visible dans la loi du 5 janvier 1988 qui a autorisé une donation-partage au profit d'un tiers lorsqu'elle a pour objet de transmettre une entreprise. Permettre la survie de l'entreprise après le décès de son propriétaire est aussi le but affiché du mandat à effet posthume, issu de la loi du 23 juin 2006²⁹⁰.

A première vue, la loi du 14 février 2022 sur le statut de l'EI assure elle aussi la pérennité de l'entreprise en autorisant l'EI à donner intégralement son patrimoine professionnel. Cependant, les apparences sont trompeuses. Derrière la riche législation sur ce point se dissimulent des problèmes d'articulation avec le droit des libéralités qui pourraient bien compromettre l'objectif affiché (Chapitre 1). Et puis, qu'en est-il du legs ? La loi du 14 février 2022 reste muette sur cette libéralité à cause de mort (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La donation, objet d'une législation riche

241. Définition de la donation. - La donation, définie à l'article 894 du Code civil, est un contrat unilatéral par lequel une personne, le donateur, se dépouille de son vivant et de manière irrévocable d'un ou plusieurs biens au profit d'un donataire, qui l'accepte.

²⁹⁰ J. Casey, Le mandat posthume, Dr. fam. 2006, étude 54.

242. Transfert du patrimoine professionnel. - Quatre articles de la loi du 14 février 2022 sont consacrés au transfert du patrimoine professionnel. Plus précisément, l'article L. 526-27 du Code de commerce prévoit que le patrimoine professionnel peut être apporté en société ou cédé, à titre onéreux ou à titre gratuit, entre vifs. S'agissant des libéralités, seul le transfert à titre gratuit entre vifs, c'est-à-dire par voie de donation, mérite d'être approfondi.

243. Multiplicité des droits et obligations susceptibles d'être transférés à titre gratuit. - La législation foisonnante sur la donation invite à distinguer plusieurs situations. L'article L. 526-27, alinéa 1 du Code de commerce organise la transmission intégrale du patrimoine professionnel, c'est-à-dire du contenant, de l'universalité de droit. Le même alinéa admet aussi « *le transfert non intégral d'éléments de ce patrimoine* », c'est-à-dire d'une partie du contenu, d'un bien isolé. En revanche, le transfert d'une partie du contenant est prohibé par l'article L. 526-30 du Code de commerce, selon lequel le patrimoine professionnel de l'EI « *ne peut être scindé* ». L'interdiction de la scission s'explique par le fait que le patrimoine est une universalité de droit, un tout qu'il est impossible de dissocier sans provoquer son extinction. A ce stade, définir la notion d'universalité de droit aidera à mieux comprendre et distinguer ces différentes hypothèses. L'universalité de droit est « *un ensemble de biens et de dettes formant un tout* »²⁹¹ dans lequel l'actif répond du passif. L'universalité est généralement perçue comme un contenant²⁹² car elle forme un tout, un ensemble cohérent. Appliqué au patrimoine, celui-ci peut être vu comme une enveloppe composée d'un actif et d'un passif qui sont le contenu. Le patrimoine serait un récipient, emplit par l'actif et le passif. De cette définition ressort la distinction contenant/contenu. Cette distinction est reprise par la loi du 14 février 2022 qui conduit à étudier d'un côté la cession isolée d'un élément du patrimoine (Section I) et de l'autre le transfert de l'intégralité du patrimoine professionnel (Section II).

Section I : Le jeu des seules règles classiques des libéralités pour la donation d'un élément isolé du patrimoine personnel ou professionnel

244. Transferts concernés. - L'article L. 526-27, alinéa 1 du Code de commerce, dans sa seconde phrase, explique que « *le transfert non intégral d'éléments* [du patrimoine

²⁹¹ G. Cornu, Vocabulaire juridique, *préc.* p. 911.

²⁹² G. Drouot, De l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée à l'entrepreneur individuel tout court, RJPF 2022-4/32, p. 49.

professionnel] *demeure soumis aux conditions légales applicables à la nature du dit transfert* ». Le texte n'évoque que le transfert d'éléments du patrimoine professionnel de l'EI, mais la solution serait la même pour la cession d'éléments de son patrimoine personnel. En effet, aucun texte ne dictant des règles spécifiques à la transmission entre vifs d'un bien du patrimoine personnel de l'EI, le droit commun doit s'appliquer. La précision apportée par le législateur à propos de la donation d'un élément isolé du patrimoine professionnel de l'EI peut alors sembler superflue. En réalité, la seconde phrase de l'alinéa 1 est bienvenue car elle évite d'éventuelles confusions avec les règles sur le transfert intégral du patrimoine professionnel de l'EI. Grâce à cette précision, un lecteur consciencieux saura avec certitude que les alinéas suivants ne jouent que pour le transfert intégral du patrimoine professionnel.

245. Application des articles 894 et suivants du Code civil. - Le transfert d'un bien isolé du patrimoine personnel ou professionnel de l'EI implique le respect des « *conditions légales applicables à la nature dudit transfert* »²⁹³. Si la nature du transfert est une cession à titre gratuit, l'acte sera soumis aux articles 894 et suivants du Code civil, c'est-à-dire aux dispositions sur les donations aussi bien sur la forme (§1) que sur le fond (§2).

§1- Le respect des conditions de forme

246. Principe. - En principe, la donation prend la forme d'un acte notarié en minute, selon l'article 931 du Code civil.

247. Exceptions. - Par exception, la cession à titre gratuit ne se réalisera pas par un acte notarié mais par le biais d'un don manuel, c'est-à-dire d'une remise du bien donné de la main à la main par tradition réelle.

Une deuxième exception aux règles de forme consiste en la donation déguisée, c'est-à-dire que le donateur réalise un acte ayant une forme autre qu'une donation, dans le but de simuler son intention libérale envers l'autre partie. Par exemple, est une donation déguisée une vente pour laquelle les parties sont convenues que le prix ne serait jamais versé par le soi-disant acheteur.

La dernière exception au formalisme de l'article 931 est la donation indirecte qui, comme la déguisée, prend la forme d'un acte autre qu'une donation mais cette fois-ci les parties sont

²⁹³ Article L. 526-27, alinéa 1 du Code de commerce.

sincères : elles ne cachent pas l'intention libérale qui transparait dans l'acte. Par exemple, tel est le cas d'une vente à vil prix.

§2- Le respect des conditions de fond

248. Conditions de validité des contrats. - Comme tout acte juridique, la donation doit respecter les exigences de fond dictées par le droit commun des contrats, à savoir le consentement, la capacité des parties et un contenu licite et certain. Le testament doit respecter les mêmes conditions. Revenons très rapidement sur chacun de ces points puisqu'ils ne présentent aucune particularité.

249. Consentement. - Le donateur doit être sain d'esprit, c'est-à-dire ne pas avoir un trouble psychique affectant sa volonté et sa capacité à réfléchir et à comprendre au moment de la conclusion de l'acte libéral. En plus d'exister, le consentement du disposant doit être exempt de vice (erreur, dol ou violence), selon l'article 901 du Code civil.

250. Capacité. - Le donateur doit être capable de disposer à titre gratuit. Les mineurs et majeurs protégés voient leur capacité de disposer plus ou moins limitée selon le mécanisme de protection qui leur est applicable²⁹⁴.

Le donataire doit être capable de recevoir à titre gratuit, sachant, qu'en principe, toute personne jouit de cette capacité, selon l'article 902 du Code civil. Il faut tout de même respecter certaines conditions pour les personnes protégées et les personnes morales. Outre ces incapacités absolues, il en existe des relatives vis-à-vis des tuteurs, médecins, pharmaciens, personnels soignants, ministres du culte et des personnes visées à l'article 116-4 du Code de l'action sociale et des familles²⁹⁵.

251. Contenu licite et certain. - Enfin la donation doit avoir un contenu licite et certain, c'est-à-dire être déterminé ou déterminable, et son objet ne doit pas contrarier l'ordre public.

²⁹⁴ Pour aller plus loin, voir notamment A. Chamoulaud-Trapiers, Capacité de disposer à titre gratuit, *in* Successions Libéralités, Mémento pratique, éd. Francis Lefebvre 2020, n° 695 à 730, p. 37 à 38.

²⁹⁵ Pour aller plus loin, voir notamment A. Chamoulaud-Trapiers, Incapacité de recevoir à titre gratuit, *in* Successions Libéralités, Mémento pratique, éd. Francis Lefebvre 2020, n° 775 à 985, p. 38 à 47.

Section II : Le jeu de règles spécifiques pour la donation du patrimoine professionnel dans son ensemble

252. Cession du patrimoine. - La section 4 du chapitre VI du titre II du livre V du Code de commerce admet la cession intégrale du patrimoine professionnel et en explique les modalités. Le transfert peut être à titre onéreux, à titre gratuit entre vifs ou consister en un apport. Des règles sont communes à tout transfert, qu'il s'agisse d'une vente, d'une donation ou d'un apport en société. Seule la transmission par donation sera approfondie ici.

253. Champ d'application de l'objet transféré. - Ici, l'objet de la donation est le patrimoine professionnel, à savoir une universalité de droit. Donner le patrimoine professionnel revient à transmettre une enveloppe composée de « droits, biens, obligations et sûretés », c'est à dire d'un actif (les biens et les droits, les sûretés) et d'un passif (les obligations).

Le caractère universel du transfert semble induire que tous les constituants du patrimoine professionnel vont revenir au donataire. Cependant, le décret du 12 mai 2022 indique, à l'article D. 526-32 du Code de commerce, que les dettes de cotisations et de contributions sociales « ne peuvent [pas] faire l'objet du transfert » universel du patrimoine professionnel. Écarter ces dettes de la donation intégrale du patrimoine professionnel est surprenant²⁹⁶, puisque l'article L. 526-22 alinéa 5 du Code de commerce les qualifie de professionnelles, d'autant plus que l'exclusion revêt un caractère impératif²⁹⁷. Tous les autres biens et dettes utiles à l'activité de l'EI sont transmis en cas de cession intégrale de son patrimoine professionnel.

Si le patrimoine professionnel de l'EI peut être donné dans son intégralité, qu'en est-il de son patrimoine personnel ? Le patrimoine personnel reste inaliénable²⁹⁸. L'inaliénabilité du patrimoine personnel s'explique par la théorie d'Aubry et Rau. Même si le principe d'unicité patrimoniale, selon lequel chaque personne a un seul patrimoine est remis en cause par la loi du 14 février 2022, les autres piliers de la théorie demeurent²⁹⁹. Reste toujours d'actualité le principe selon lequel une personne, sans patrimoine, n'existe pas. Aujourd'hui, une personne peut être à la tête de deux patrimoines mais ne peut pas en avoir aucun. « Toute personne a au moins un patrimoine »³⁰⁰. Si le patrimoine personnel était lui aussi aliénable, l'EI qui céderait

²⁹⁶ B. Saintourens, Le statut de l'entrepreneur individuel après la loi du 14 février 2022, *préc.*, p. 447.

²⁹⁷ A. Reygrobelle, Le statut d'entrepreneur individuel enfin opérationnel !, JCP N, 2022, 571.

²⁹⁸ A. Nallet, Le transfert du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel, *in* Dossier spécial, La réforme de l'entreprise individuelle par la loi du 14 février 2022, RLDC 2022/202, 7091, p. 37.

²⁹⁹ F. Masson, Séparation automatique des patrimoines et théorie du patrimoine, *préc.*, n° 3, p. 40.

³⁰⁰ T. Revet, La désubjectivation du patrimoine, *préc.*, p. 481, n° 33.

les deux, pourrait se retrouver sans patrimoine. Admettre une telle situation n'est pas concevable. Patrimoine et personnalité juridique sont liés. Le patrimoine est toujours « l'émanation de la personnalité »³⁰¹. Que serait alors une personne sans patrimoine ? La notion de personnalité juridique nécessite que l'EI conserve au moins son patrimoine personnel et que celui-ci soit donc inaliénable³⁰². L'étude doit ainsi se limiter à la seule donation du patrimoine professionnel.

254. Règles applicables. - Selon l'article L. 526-27, alinéa 3 du Code de commerce, « sous réserve de la présente section [du transfert du patrimoine professionnel de l'EI], les dispositions légales relatives [...] à la donation [...] sont applicables ». Cette disposition est à la source d'une controverse doctrinale. En effet, certains auteurs³⁰³ estiment que l'alinéa concerne la transmission isolée d'un élément du patrimoine professionnel, et non le transfert universel de ce patrimoine. La majorité de la doctrine³⁰⁴ considère, à juste titre, que l'alinéa 3 de l'article L. 526-27 du Code de commerce s'applique à la transmission intégrale du patrimoine professionnel. Deux arguments vont en ce sens. En commençant par l'expression « sous réserve de la présente section », l'alinéa 3 « renvoie davantage à l'idée d'une articulation, d'une combinaison des textes, qu'à celle d'une exclusion »³⁰⁵. De plus, si l'article L. 526-27, alinéa 3 du Code de commerce était relatif au transfert *ut singuli*, cette partie du texte se révélerait superflue, la seconde phrase de l'alinéa 1 indiquant déjà que le droit commun des donations reste applicable au transfert isolé d'un élément du patrimoine professionnel.

Pour donner le patrimoine professionnel, le droit commun des libéralités demeure donc utile mais n'interviendra que « sous réserve de la présente section », selon l'article L. 526-27, alinéa 3 du Code de commerce. Ainsi, le législateur ne se contente pas de renvoyer aux dispositions habituelles sur les donations, mais élabore des règles propres au transfert total du patrimoine professionnel. L'apparition de ces règles particulières tient à la spécificité de l'objet transféré : un patrimoine, une universalité de droit. Les règles classiques des donations ayant

³⁰¹ C. Aubry et C. Rau, Cours de droit civil français, *préc.*, § 573, p. 229.

³⁰² B. Brignon et H. Leyrat, L'entrepreneur individuel nouveau, *préc.*, n° 52.

³⁰³ J.-P. Mattei et M. Menjucq, Le transfert du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel, *préc.*, n° 21 et s.

³⁰⁴ N. Jullian, La transmission du patrimoine de l'entrepreneur, de nouvelles opérations au service des entrepreneurs individuels, *préc.*, n° 15 et s. ; R. Mortier, Le nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel, *préc.*, p. 14, n° 26 ; M. Buchberger, Mise en société d'une entreprise individuelle... la simplification n'est pas ay rendez-vous !, GP, lundi 31 octobre 2022, n° 35, p. 46 ; N. Dupouy et A.-F. Zattara, La transmission par le nouvel entrepreneur individuel de son patrimoine professionnel, JCP N 2022, n° 51-52, 1292, p. 38.

³⁰⁵ S. Le Normand-Caillière, R. Mortier et N. Jullian, Le transfert du patrimoine de l'EIPP, *in* Étude dossier, JCP N 2022, n° 1246, p. 47.

déjà été approfondies³⁰⁶, seules les spécificités dues au transfert d'une universalité de droit seront étudiées. L'objet transmis conduit à s'interroger sur la qualification de la donation (§1). La question de la pertinence du régime adopté pour cette libéralité particulière se pose également (§2).

§1- L'incidence du transfert d'une universalité de droit sur la qualification de la donation

255. Donation d'une universalité de droit nécessitant un actif supérieur au passif. - Lorsque l'EI donne son patrimoine professionnel, l'objet cédé est une universalité juridique, constituée d'un actif et d'un passif. Donner son patrimoine professionnel implique donc de transmettre des biens mais aussi des dettes ! Pour qu'il y ait donation, encore faut-il que la valeur de l'actif professionnel soit supérieure à celle du passif professionnel. A défaut, la qualification de donation sera écartée car il manquera l'élément matériel nécessaire à toute libéralité, à savoir un appauvrissement du donateur corrélatif à un enrichissement du donataire³⁰⁷.

256. Questions posées par le transfert d'une universalité de droit. - Lorsque la qualification de donation est retenue³⁰⁸, le patrimoine professionnel comprenant un passif, on pourrait penser que celle-ci sera systématiquement assortie d'une charge. Or il n'en est rien (A). Le transfert à titre gratuit d'une universalité de droit conduit aussi à s'interroger sur les types et les formes de donation adaptés à la transmission totale du patrimoine professionnel (B).

A) Le rejet de la qualification systématique de donation avec charge

257. Définition de la donation avec charge. - Une donation avec charge est un contrat synallagmatique par lequel, en contrepartie d'une coupure actuelle et irrévocable avec le ou les biens dont il se dépouille, le disposant exige l'exécution d'une prestation par le bénéficiaire, dans l'intérêt de ce dernier, d'un tiers ou du donateur. La donation avec charge peut consister à

³⁰⁶ Voir *supra* n° 245 et s.

³⁰⁷ I. Sérandard, La transmission à titre gratuit du patrimoine professionnel, *in* Premiers regards sur le nouveau statut d'entreprise individuelle, RJ com. 2022, p. 271.

³⁰⁸ Car le passif inclus dans le patrimoine professionnel est d'une valeur inférieure aux biens y figurant.

payer une dette présente³⁰⁹ du disposant, à condition que le montant de cette dette soit inférieur à celui de la chose donnée. Dans le cas contraire, l'opération serait requalifiée en acte à titre onéreux, l'élément matériel des libéralités étant alors absent.

258. Transfert de l'actif et du passif. - Lorsque l'EI donne son patrimoine professionnel dans son intégralité, il transmet une universalité de droit. Une universalité de droit est une enveloppe composée d'un actif et d'un passif. Le passif correspond aux dettes attachées au patrimoine. Gratifier un individu du patrimoine professionnel revient donc à lui donner des biens mais aussi des dettes !

259. Qualification systématique de donation avec charge. - Dès lors, la donation intégrale du patrimoine professionnel semble forcément être une donation avec charge. La charge serait de payer les dettes contenues dans le patrimoine professionnel transféré. La qualification de donation avec charge a été retenue par Monsieur Hervé Morell pour tous les transferts intégraux à titre gratuit du patrimoine affecté de l'EIRL³¹⁰.

260. Rejet de la qualification systématique de donation avec charge. - Néanmoins, Madame Nadège Jullian ne fait pas sienne une telle interprétation³¹¹. L'auteure rappelle qu'une charge est une obligation imposée par le donateur au gratifié. L'inclusion d'une charge dans une donation dépend donc de la seule volonté du disposant. Or ce n'est pas l'EI qui choisit d'inclure les dettes de son patrimoine professionnel lorsqu'il transfère celui-ci dans son intégralité. La transmission des dettes avec l'actif professionnel résulte de la nature même de la chose donnée³¹². Le patrimoine professionnel étant un tout, que l'EI le souhaite ou non, ses dettes reviendront au donataire en même temps que l'actif. La transmission du passif professionnel apparaît comme un simple effet de la cession intégrale du patrimoine. La transmission du passif étant un effet du caractère universel du patrimoine et non une charge, la qualification systématique de donation avec charge mérite d'être écartée.

³⁰⁹ L'article 945 du Code civil prohibe les donations avec charge de payer une dette future mais pas celles avec charge d'acquitter une dette présente.

³¹⁰ H. Morell, Les aspects patrimoniaux du statut de l'Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée, thèse précitée, n° 1116 et s., p. 497 et s.

³¹¹ N. Jullian, La cession de patrimoine, *op. cit.*, n° 254, p. 250.

³¹² I. Sérandour, L'articulation du statut de l'entrepreneur individuel avec le droit patrimonial de la famille, *in* La réforme du statut de l'entrepreneur individuel, *préc.*, n° 508, p. 285.

261. Qualification occasionnelle de donation avec charge. - Même si elle n'est pas toujours qualifiable de libéralité avec charge, la donation totale du patrimoine professionnel peut parfois revêtir cet habit juridique. En effet, l'EI peut, de sa propre volonté, inclure une charge dans la donation intégrale son patrimoine professionnel. Par exemple, il peut subordonner la donation au paiement par le gratifié d'une dette présente de son patrimoine personnel.

B) Les types et les formes envisageables de donation

262. Absence de précision légale sur le terme « donation ». - L'article L. 526-27 du Code de commerce emploie le terme de « *donation* » sans plus de précision. Faut-il comprendre que le patrimoine professionnel peut être transmis par tous types et toutes formes de donation ?

263. Ne pas distinguer là où le législateur néglige de le faire. - L'adage « là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer » conduit à penser que tous types et formes de donation du patrimoine professionnel dans son ensemble sont possibles. Par cette lecture, sont autorisées les donations simples, les donations-partages, les donations-partages transgénérationnelles, les donations graduelles, résiduelles, les donations avec charge ou condition du patrimoine professionnel. Madame Anne-Marie Leroyer et Monsieur Jean-François Pillebout³¹³ ou encore Monsieur Raymond Le Guidec³¹⁴ défendaient déjà une telle interprétation à propos de la donation du patrimoine affecté par l'EIRL. L'adage invite aussi à admettre, outre la donation par acte notarié de l'article 931 du Code civil, le don manuel, la donation déguisée et la donation indirecte.

264. Annonce de plan. - Contre l'opinion des nombreux auteurs favorables à l'adage précité, des types de donations (1) et une forme, le don manuel, (2) apparaissent incompatibles, ou du moins peu conciliables, avec un transfert intégral du patrimoine professionnel.

³¹³ A.-M. Leroyer et J.-F. Pillebout, EIRL et droit des régimes matrimoniaux et des successions, in L'EIRL, l'entrepreneur à responsabilité limitée, *préc.*, n° 321, p. 128.

³¹⁴ R. Le Guidec, Le patrimoine affecté de l'EIRL et le droit des successions, *Defrénois* 2011, 39218, n° 14, p. 599.

1) La conciliation complexe de certains types de donation avec le transfert intégral du patrimoine professionnel

265. Types de donation étudiés. - La faisabilité d'une donation-partage du patrimoine professionnel de l'EI laisse dubitatif (a), tout comme la transmission par libéralités successives (b). Il en va de même du transfert du patrimoine professionnel par le biais d'un démembrement de propriété (c).

a) L'incompatibilité avec le transfert par donation-partage

266. Définition de la donation-partage. - Pour se convaincre de l'impossibilité d'effectuer une donation-partage du patrimoine professionnel dans son ensemble, il suffit de revenir à la définition même de cette libéralité. La donation-partage est un acte mixte consistant, comme son nom l'indique, à la fois en une donation et un partage par anticipation. Cette libéralité est un contrat unilatéral par lequel un donateur transfère de son vivant plusieurs de ses biens présents, qu'il répartit entre au moins deux donataires, dits copartagés. Comme dans toute donation, le disposant doit être animé d'une intention libérale vis-à-vis des copartagés. Comprenant une opération de partage, la donation-partage implique au moins deux donataires : il faut être plusieurs pour qu'il y ait partage.

267. Interdiction de la scission du patrimoine professionnel. - Confronter cette définition avec la loi du 14 février 2002 permettra de vérifier si une donation-partage du patrimoine professionnel de l'EI est possible. Selon l'article L. 526-30, 1° du Code de commerce, « *le transfert doit porter sur l'intégralité du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel, qui ne peut être scindé* ». Autrement dit, la transmission du patrimoine professionnel ne doit pas aboutir à sa scission. En droit des sociétés, la scission d'une personne morale consiste à répartir le patrimoine de la société scindée en plusieurs masses qui vont constituer les patrimoines des nouvelles entités créées. La scission équivaut à un partage du patrimoine de la société scindée entre celles nées de l'opération. En interdisant la fragmentation du patrimoine professionnel, l'article L. 526-30, 1° du Code de commerce prohibe donc le partage de ce patrimoine.

268. Donation-partage du patrimoine professionnel impossible. - Si le patrimoine professionnel de l'EI était transmis par donation-partage, il faudrait le répartir entre les copartageants. Or l'article L. 526-30, 1° du Code de commerce proscrit le partage du patrimoine professionnel. Transmettre intégralement son patrimoine professionnel par le biais d'une donation-partage et *a fortiori* d'une donation-partage transgénérationnelle semble alors inenvisageable³¹⁵.

269. Comparaison avec l'EIRL. - Cette affirmation peut paraître incongrue face aux nombreux auteurs affirmant le contraire à propos de l'EIRL³¹⁶. Cependant, la divergence des points de vue peut s'expliquer en comparant les textes sur l'EIRL et ceux sur l'EI. Aucune disposition sur l'EIRL n'interdit la scission du patrimoine affecté. La loi ne prohibant pas la scission du patrimoine affecté de l'EIRL, la donation de ce patrimoine peut très bien entraîner son partage. Une donation-partage du patrimoine affecté de l'EIRL est donc possible. Tel n'est pas le cas pour le patrimoine professionnel de l'EI.

270. Admission d'une donation-partage transférant le patrimoine professionnel avec d'autres biens. - La donation-partage du patrimoine professionnel dans son intégralité devrait quand même être admise lorsque ce patrimoine ne constitue que l'un des éléments transmis par ce biais³¹⁷. Un exemple permettra de mieux illustrer ce point. Un EI souhaite céder à titre gratuit à son fils une maison, et à sa fille son patrimoine professionnel. Cet EI peut alors recourir au mécanisme de la donation-partage pour les transmettre. Le fils recevra la maison et la fille le patrimoine professionnel, sans que celui-ci n'ait été scindé par la donation-partage. Ainsi, transmettre dans son ensemble son patrimoine professionnel par donation-partage est envisageable si les conditions suivantes sont réunies. D'une part, l'objet de cette libéralité ne doit pas être uniquement ce patrimoine : elle doit porter aussi sur d'autres biens. D'autre part, le patrimoine professionnel doit revenir à un seul des copartagés, puisque sa scission est proscrite. La différence de valeur et de nature qui peut exister entre le patrimoine professionnel et les autres droits donnés ne constitue pas un obstacle à la donation-partage. En effet, cette libéralité peut comprendre des éléments de valeur et de nature différente. Pour reprendre

³¹⁵ H. Leyrat et B. Brignon, La nouvelle transmission universelle du patrimoine professionnel à titre gratuit, *Defrénois* 2022, n° 16, DEF206t2, p. 27.

³¹⁶ A.-M. Leroyer et J.-F. Pillebout, EIRL et droit des régimes matrimoniaux et des successions, in *L'EIRL, l'entrepreneur à responsabilité limitée*, *préc.*, n° 321, p. 128 ; R. Le Guidec, Le patrimoine affecté de l'EIRL et le droit des successions, *préc.*, n° 14, p. 599.

³¹⁷ B. Brignon et H. Leyrat, L'entrepreneur individuel nouveau, *préc.*

l'exemple précité, peu importe que la maison soit un immeuble et le patrimoine professionnel une universalité de droit de valeur inégale. Hormis ce cas particulier où d'autres droits sont donnés en même temps que le patrimoine professionnel, la donation-partage doit être prohibée.

b) La compatibilité complexe avec le transfert par donation successive

271. Définition des donations successives, graduelles et résiduelles. - Les donations successives correspondent à l'hypothèse où un sujet, dit grevé ou premier gratifié, reçoit un bien avec charge, lors de son décès, de le transmettre à autrui, dit l'appelé. Deux bénéficiaires se succèdent, d'où la dénomination de donation successive. L'appelé est réputé tenir ses droits sur le bien du disposant lui-même, et non du grevé. Les donations successives sont graduelles ou résiduelles. La donation graduelle impose au grevé une double charge : conserver le bien donné toute sa vie et le transmettre à son décès au second gratifié. La donation résiduelle n'oblige pas le grevé à conserver le bien transmis en l'état mais seulement à remettre à l'appelé le reliquat à sa mort, ce qui lui confère une plus grande marge de manœuvre.

272. Question de la compatibilité avec la donation d'une universalité de droit. - Reste à savoir si les dispositions sur les donations successives sont compatibles avec le transfert d'une universalité de droit, question déjà posée par Madame Nadège Jullian à l'époque de l'EIRL³¹⁸ et réitérée par Madame Isabelle Sérandour à propos de l'EI³¹⁹.

273. Respect du caractère identifiable. - En théorie, tout bien, dès lors qu'il est identifiable, peut être cédé par donation successive, selon l'article 1049, alinéa 1 du Code civil. *A priori*, le patrimoine professionnel de l'EI étant une universalité de droit identifiable, son transfert par donation successive devrait être possible. Toutefois, certaines dispositions sur les donations graduelles (α) et les résiduelles (β) sont difficilement combinables avec la cession intégrale d'une universalité de droit.

³¹⁸ N. Jullian, thèse précitée, n°261 à 267, p. 257 à 263.

³¹⁹ I. Sérandour, La transmission à titre gratuit du patrimoine professionnel, *préc.*, p. 274.

α- La conciliation très difficile avec la donation graduelle

274. Conservation en nature. - Si la donation est graduelle, il faut garder à l'esprit que cette libéralité nécessite la conservation du bien donné durant la vie du grevé. La conservation se réalise en nature et non en valeur, de sorte que le grevé ne peut pas remettre une somme d'argent à la place du bien donné, en vertu de l'article 1049, alinéa 1 du Code civil. Cette exigence de conservation en nature constitue un premier obstacle au transfert intégral du patrimoine professionnel par donation graduelle. Les doutes sont permis sur la faisabilité, pour le premier gratifié, de la mission qui lui incombe de conserver, sa vie entière, le patrimoine professionnel en nature.

275. Contenu fluctuant du patrimoine professionnel. - Le contenu du patrimoine professionnel va forcément évoluer au fil du temps, ne serait-ce qu'au gré des achats et ventes de marchandises. De plus, de nouvelles dettes seront contractées, par exemple pour payer un loyer sur les locaux professionnels ou obtenir un crédit nécessaire au développement de l'activité. La mouvance du contenu apparaît incompatible avec l'obligation de conservation du patrimoine.

276. Solution : la prise en compte du seul contenant. - Cependant, faut-il vraiment s'attacher au contenu du patrimoine ? La question ne doit-elle pas plutôt être abordée sous l'angle du seul contenant ? Le propre d'une universalité est de demeurer malgré la modification de ses éléments. Des droits et obligations s'intègrent à ceux déjà présents, et d'autres sortent du patrimoine sans entraîner son extinction. Puisque la donation intégrale du patrimoine professionnel porte sur un contenant, seule la conservation de cette enveloppe apparaît nécessaire à la validité d'une libéralité graduelle. La préservation du contenant qu'est le patrimoine professionnel semble plus réaliste qu'une conservation en nature de son contenu³²⁰.

Une analogie avec la jurisprudence *Baylet* de la Cour de cassation³²¹ conduit à envisager la question sous ce seul aspect. Cet arrêt du 12 novembre 1998 porte sur l'étendue de l'obligation de restitution d'un portefeuille de valeurs mobilières par l'usufruitier. L'article 578 du Code civil impose à l'usufruitier de restituer en nature au nu-propiétaire la chose, objet de l'usufruit, lorsque cesse celui-ci. La 1^{ère} chambre civile a considéré cette obligation remplie

³²⁰ I. Sérandour, La transmission à titre gratuit du patrimoine professionnel, *préc.*, p. 274.

³²¹ Cass. 1^{ère} civ. 12 novembre 1998, D. 1999, p. 167, note L. Aynès et p. 633, note D. Fiorina.

malgré la substitution de certaines des valeurs mobilières, car l'exigence de restitution portait sur le portefeuille dans son ensemble et non sur son contenu. Autrement dit, à la fin de l'usufruit, l'important est de remettre l'universalité de fait qu'incarne le portefeuille de valeurs mobilières, peu importe que les éléments le composant soient différents de ceux d'origine. Transposé aux libéralités graduelles, l'arrêt *Baylet* estime l'exigence de conservation accomplie, dès lors qu'est transmis à l'appelé le contenant que constitue l'universalité. La solution devrait jouer pour toutes les universalités, y compris le patrimoine professionnel de l'EI.

Un détour par la location-gérance du fonds de commerce renforce l'idée que le devoir de conservation se limite au seul contenant. La location-gérance est un contrat de louage d'un fonds de commerce. Il est soumis aux règles du Code civil sur le louage, dont l'article 1728 qui impose au locataire le respect de la destination du bien loué. La doctrine majoritaire et la jurisprudence voient dans le fonds de commerce une universalité de fait³²². Dès lors, le locataire-gérant doit maintenir cette universalité en état d'être exploitée. Obligation qui se ramène pour l'essentiel à devoir réalimenter les stocks de marchandises et à remplacer le matériel hors d'usage. Y satisfaire implique une modification du contenu de l'universalité, au service de la subsistance du contenant. La priorité est bel et bien la survie du contenant ; peu important les vicissitudes qui affectent le contenu, appelé à fluctuer au gré des besoins. Par analogie, puisque seule la conservation de l'enveloppe importe pour le fonds de commerce, il devrait en être de même pour le patrimoine professionnel, autre universalité.

Néanmoins, même en privilégiant cette approche, des obstacles à la conservation se dressent. En effet, des difficultés de préservation de l'enveloppe patrimoniale au cours de la vie du grevé peuvent survenir.

277. Exigence d'un grevé EI. - D'une part, conserver le patrimoine professionnel en nature implique que le grevé soit un EI ou le devienne. Selon la loi, seuls les EI jouissent d'un double patrimoine. Toutefois, la donation à un particulier relève de l'hypothèse d'école, car à quoi bon donner son patrimoine professionnel dans son ensemble si c'est pour que l'activité exercée soit abandonnée ? Ce point ne présente donc pas de réelles difficultés.

278. Problème de la cessation d'activité du grevé avant son décès. - D'autre part, le patrimoine professionnel doit être maintenu par le grevé durant toute sa vie, ce qui implique

³²² J. Mestre, *Droit commercial*, Tome 2, LGDJ Lextenso 2021, 31^{ème} éd., n° 394, p. 394 ; CA Paris, 19 mars 1923, S. 1925, jur., p. 93.

qu'il décède sans avoir cessé son activité³²³. En effet, si le premier gratifié met fin à son activité professionnelle, l'article L. 526-22 alinéa 8 du Code de commerce supprime la dualité patrimoniale en réunissant les deux universalités. Arrêter son activité d'EI sans céder le patrimoine professionnel entraîne la disparition de celui-ci en tant qu'universalité de droit autonome. Le grevé méconnaît alors son obligation de conservation.

Toutefois, une alternative assez alambiquée devrait permettre au grevé de cesser sa profession sans que le patrimoine professionnel ne disparaisse. Si le patrimoine professionnel est cédé par le premier gratifié, il subsiste. Cette hypothèse de cession du patrimoine professionnel par le grevé est envisageable d'un point de vue théorique car ce dernier est propriétaire de la chose donnée : il peut donc accomplir dessus des actes d'administration, et même de disposition. Au décès du grevé, les actes de disposition entrepris sur le patrimoine professionnel seront anéantis de façon rétroactive pour que l'objet donné par libéralité graduelle soit transmis à l'appelé. Par ce montage, le premier gratifié respecte son obligation de conservation et de transmission du patrimoine professionnel, tout en pouvant se retirer des affaires avant son décès. Néanmoins, en pratique, il est peu vraisemblable qu'un individu acquière le patrimoine professionnel en acceptant de subir l'anéantissement rétroactif de la vente le moment venu. Trouver un acquéreur dans ce contexte relève de l'exploit.

Mis à part cette alternative fort improbable, la donation graduelle du patrimoine professionnel oblige le premier gratifié à demeurer EI toute sa vie. De ce fait, transmettre le patrimoine professionnel par libéralité graduelle s'avère trop contraignant pour le premier gratifié. De plus, la donation graduelle du patrimoine professionnel semble violer des textes internationaux prohibant le travail forcé³²⁴. En effet, cette libéralité force le grevé à travailler jusqu'à sa mort pour respecter son obligation de conservation du patrimoine professionnel. Si un contrôle de proportionnalité avait lieu pour agencer les droits fondamentaux en présence³²⁵, l'interdiction du travail forcé devrait primer sur l'exigence de préservation du bien donné. Au terme du contrôle de proportionnalité, le grevé pourrait se voir imposer, à la place de la conservation en nature de l'enveloppe, une obligation de transférer à l'appelé la valeur du patrimoine professionnel. Transmettre, à son décès, la valeur du patrimoine professionnel au

³²³ I. Sérandour, La transmission à titre gratuit du patrimoine professionnel, *préc.*, p. 274.

³²⁴ Conv. OIT n°29 (1930) et n°105 (1957) ; Conv. EDH, art. 4 (1950), Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 83 et 1278-3°, ONU (1966).

³²⁵ Les droits fondamentaux en conflit sont, d'un côté, la prohibition du travail forcé (Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi, 1988) et, de l'autre, le droit au respect des biens (Art. 1 du Protocole additionnel n°1 de la Conv. EDH)

second gratifié assurerait un équilibre entre, d'une part, la liberté pour le grevé de cesser de travailler et, d'autre part, la protection des droits de l'appelé.

279. Proposition d'une conservation en valeur. - A bien y réfléchir, les principales difficultés liées à l'exigence de conservation découlent de son exécution en nature. Maintenir le patrimoine professionnel sa vie durant serait moins complexe pour le grevé s'il pouvait transmettre à l'appelé sa valeur. Certains auteurs y sont favorables³²⁶. La préservation en valeur est possible car l'article 1049 alinéa 1 du Code civil est supplétif de volonté. Avec une conservation en valeur, réaliser le transfert intégral du patrimoine professionnel par libéralité graduelle apparaît praticable.

280. Difficultés liées à la fiction que l'appelé tient ses droits directement du disposant. - La fiction selon laquelle l'appelé tient ses droits directement du disposant ne constitue-t-elle pas un dernier obstacle au recours à la donation graduelle ? Le premier gratifié modifie le patrimoine professionnel en y incorporant de nouveaux biens et en contractant des dettes. Remettre ces nouveaux biens et dettes à l'appelé revient-il à rompre avec cette fiction ? Certes, les biens et dettes qui s'agrègent au patrimoine professionnel durant sa détention par le grevé n'ont jamais appartenu au donateur. Néanmoins, il faut garder à l'esprit que l'objet donné est un contenant et non un contenu. Les biens et dettes qui apparaissent après la donation forment, avec ceux préexistants, le contenu du patrimoine professionnel, et ne ressortissent pas à son contenant. La fiction reste intacte. L'appelé tient directement du disposant ses droits sur le contenant, puisque ce dernier a été un jour propriétaire de l'enveloppe qu'est le patrimoine professionnel.

281. Problème lié à la transmission des nouveaux biens. - Même si la théorie de la fiction de l'article 1051 du Code civil est maintenue, la remise à l'appelé de biens nés après la première transmission pose des difficultés morales vis-à-vis des héritiers du grevé, lorsque ce dernier a augmenté la valeur du patrimoine professionnel.

Pour mieux comprendre l'injustice, il faut, au préalable, revenir aux bases. Lors du décès du premier gratifié, le bien transmis par donation graduelle est exclu de la masse à partager entre ses héritiers, puisque l'appelé détient ses droits sur ce bien du disposant. Le bien donné n'est pas réuni fictivement avec les autres actifs successoraux du grevé. Ainsi, ce bien n'est pas

³²⁶ F. Collard et B. Travely, L'obligation de conservation en valeur au secours de la libéralité graduelle, JCP N 2012, 1177.

confronté aux restitutions successorales, c'est-à-dire aux règles du rapport et de la réduction. Le rapport rétablit l'égalité entre les héritiers *ab intestat*, et la réduction reconstitue la réserve au profit des réservataires.

Transposer ces règles à la donation graduelle du patrimoine professionnel permet d'identifier le problème. Une personne reçoit par libéralité graduelle un patrimoine professionnel. Au fil du temps, en y incorporant de nouveaux biens, cette personne fait fructifier le patrimoine professionnel transmis et développe l'activité. Au décès du grevé, l'appelé obtient donc un patrimoine professionnel plus garni que si le disposant le lui avait transmis en premier. Les héritiers du grevé ne disposent pas des mécanismes de restitution successorale pour rétablir l'égalité et protéger leur réserve. La situation apparaît injuste car l'appelé profite du travail du grevé au détriment de ses héritiers. Ces derniers se retrouvent alors lésés, surtout si la transmission entache leur réserve et rompt l'égalité successorale.

Certes, en théorie, une donation graduelle du patrimoine professionnel avec obligation de conservation en valeur apparaît possible, le contenant étant le seul objet de la libéralité. Cependant, d'un point de vue moral, réaliser une donation graduelle se révèle pernicieux, surtout si, au décès du premier gratifié, le contenu du patrimoine professionnel s'est accru.

Pour éviter cette injustice, plusieurs auteurs³²⁷ proposent d'ouvrir un droit à indemnisation pour le grevé et ses héritiers lorsque des biens présents dans le patrimoine personnel du premier gratifié sont devenus utiles à l'activité et ont donc intégré le patrimoine professionnel. En revanche, une telle indemnité ne serait pas due en cas de subrogation réelle. Il s'agit de l'hypothèse où le nouveau bien entrant dans le patrimoine professionnel en remplace un autre qui existait au jour de la donation, mais est devenu obsolète avec le temps³²⁸. Tel sera le cas des machines qu'il faut régulièrement changer pour que l'entreprise individuelle ne périssent pas.

282. Problème lié à la transmission des nouvelles dettes. - Une autre difficulté apparaît lorsque, cette fois-ci, de nouvelles dettes répondant du patrimoine professionnel ont été contractées par le grevé. Au décès du premier gratifié, le second se verra remettre le patrimoine professionnel alourdi de ces dettes supplémentaires³²⁹. L'appelé, tenu de leur règlement, est alors victime de la mauvaise gestion du patrimoine par le grevé. Cette situation, quoique

³²⁷ N. Jullian, La cession de patrimoine, *préc.*, n° 263, p. 258 ; I. Sérandour, La transmission à titre gratuit du patrimoine professionnel, *préc.*, p. 274.

³²⁸ *Ibid.*

³²⁹ I. Sérandour, L'articulation du statut de l'entrepreneur individuel avec le droit patrimonial de la famille, *in* La réforme du statut de l'entrepreneur individuel, *préc.*, n° 516, p. 287.

permise sur le plan juridique car respectueuse de la fiction précitée³³⁰, s'avère moralement critiquable.

L'injustice est tout de même moins forte que dans l'hypothèse précédente, puisque l'appelé a la faculté de renoncer à la libéralité, s'il ne veut pas être tenu de ces nouvelles dettes. De plus, même si l'appelé accepte la donation, le paiement des dettes professionnelles s'effectuera sur le seul patrimoine professionnel ; son patrimoine personnel restera épargné, en vertu de l'article L. 526-22 du Code de commerce.

283. Problème lié aux velléités d'opposition des créanciers professionnels. - Un dernier obstacle à l'admission d'une libéralité graduelle sur le patrimoine professionnel tient à la protection des créanciers professionnels du cédant.

En raison du transfert du patrimoine professionnel, et donc des dettes y étant attachées, ces créanciers changent de débiteur. Leur nouveau débiteur est le bénéficiaire du transfert. Cette modification de la personne tenue des dettes peut se révéler dangereuse, si le nouveau débiteur adopte une mauvaise gestion du patrimoine professionnel et le réduit à néant. C'est pour cela que l'article L. 526-28 du Code de commerce confère aux créanciers professionnels du disposant un droit d'opposition au transfert. Même si l'opposition n'empêche pas la cession³³¹, elle offre des protections à ses auteurs³³².

Appliqué aux donations graduelles, le droit d'opposition pourra être exercé par les créanciers professionnels du disposant lors du transfert au premier gratifié. L'article L. 526-28 n'offre pas aux créanciers une nouvelle faculté d'opposition lors de la transmission à l'appelé qui devient pourtant, au décès du grevé, leur nouveau débiteur³³³. L'absence de droit d'opposition à ce second stade laisse les créanciers concernés sans protection. C'est pourquoi les créanciers professionnels doivent se montrer vigilants au moment d'exercer ou non leur droit. Dès le transfert au grevé, il faut, pour apprécier si l'exercice du droit d'opposition est opportun, s'intéresser tant à la personne du premier gratifié qu'à celle de l'appelé. Si le transfert au grevé leur paraît sans danger, mais qu'ils estiment que l'appelé en présentera un, les créanciers professionnels ont intérêt à former opposition tant qu'ils en ont encore la possibilité. Néanmoins, le risque futur lors du transfert à l'appelé, pourrait être considéré par le juge comme trop hypothétique pour admettre l'opposition et prononcer des mesures protectrices. L'absence

³³⁰ Voir *supra* n° 280.

³³¹ Voir *infra* n° 323.

³³² Voir *infra* n° 326 et s.

³³³ I. Sérandour, L'articulation du statut de l'entrepreneur individuel avec le droit patrimonial de la famille, *in* La réforme du statut de l'entrepreneur individuel, *préc.*, n° 518, p. 288.

de droit d'opposition propre au transfert du patrimoine professionnel à l'appelé demeure un obstacle aux donation graduelles, mais aussi aux libéralités résiduelles. Il serait préférable de prévoir un nouveau droit d'opposition lors de ce second transfert.

β- La conciliation plus aisée avec la donation résiduelle

284. Absence de difficultés liées à la conservation du bien et au respect de la fiction.

- Avec la donation résiduelle, conserver le bien donné durant toute sa vie est inutile. A son décès, le premier gratifié doit seulement remettre au second ce qui reste du bien donné. Transférer le patrimoine professionnel par libéralité résiduelle est plus facile qu'en matière de donation graduelle, toutes les difficultés relatives à la conservation du bien étant absentes. Le respect de la fiction selon laquelle l'appelé détient directement ses droits du disposant ne soulève pas plus de difficultés que pour les donations graduelles.

285. Difficulté morale. - Comme pour les libéralités graduelles, le point noir se cache dans l'absence de rapport et de réduction pour les héritiers du premier gratifié³³⁴. L'inexistence de ces mécanismes peut avoir des conséquences moralement choquantes, lorsque le patrimoine professionnel, objet de la donation résiduelle, aura vu sa valeur accrue par le travail du grevé. Il en va de même lorsque de nouvelles dettes sont nées de l'exercice, par le grevé, de l'entreprise individuelle.

286. Difficulté liée au droit d'opposition des créanciers professionnels. - L'impossibilité, pour les créanciers professionnels, de s'opposer à la transmission du patrimoine professionnel à l'appelé, engendre les mêmes difficultés qu'en matière de donations graduelles.

287. Conclusion. - Les difficultés, tant juridiques que morales, devraient inviter les praticiens à refuser la transmission du patrimoine professionnel par libéralités successives.

³³⁴ Voir *supra* n° 281.

c) L'incompatibilité avec le transfert par donation de la nue-propriété ou de l'usufruit

288. Donation avec démembrement de propriété. - L'article 949 du Code civil admet les transmissions à titre gratuit démembrement la propriété. Il est possible pour le donateur de transmettre la nue-propriété tout en conservant l'usufruit ou en donnant l'usufruit à une autre personne. Le donateur peut aussi céder à titre gratuit l'usufruit et rester nu-propiétaire du bien.

289. Tentation d'un transfert intégral du patrimoine professionnel. - Le démembrement de propriété est souvent utilisé en raison des avantages fiscaux s'y attachant³³⁵. Dès lors, l'EI pourrait être tenté de transférer la nue-propriété de son patrimoine professionnel avec réserve d'usufruit. Cependant, la technique du démembrement de propriété est-elle envisageable en cas de transfert universel du patrimoine professionnel ? Autrement dit, l'EI peut-il simplement donner la nue-propriété ou l'usufruit de son patrimoine professionnel, ou est-il contraint d'en transmettre la pleine propriété ?

290. Donation impossible de la nue-propriété ou de l'usufruit du patrimoine professionnel. - Le démembrement de propriété est impraticable lors de la transmission intégrale du patrimoine professionnel. Madame Nadège Jullian et Monsieur Jean-François Hamelin avancent deux arguments, tirés des termes de la loi du 14 février 2022, contre la possibilité de démembrer la propriété³³⁶. D'une part, l'article L. 526-27 du Code de commerce qualifie, en son alinéa 5, la transmission du patrimoine professionnel de « *transfert de propriété* ». Le terme « *propriété* » semble signifier que seule la donation de la pleine propriété du patrimoine professionnel est possible. D'autre part, l'article L. 526-30 du Code de commerce prohibe la scission du patrimoine professionnel. Les auteurs précités interprètent, à juste titre selon nous, cet article comme interdisant le démembrement de propriété du patrimoine professionnel.

³³⁵ Les droits d'enregistrement sont moins importants que pour une donation de la pleine propriété, l'assiette taxable étant limitée à la valeur de la nue-propriété au jour de la donation. De plus, au décès de l'usufruitier, la pleine propriété se reconstitue au profit du nu-propiétaire, sans payement de droits d'enregistrement supplémentaires.

³³⁶ J.-F. Hamelin et N. Jullian, La transmission du patrimoine professionnel, *in* La réforme du statut de l'entrepreneur individuel, *préc.*, n° 260, p. 145.

2) L'incompatibilité du don manuel avec le transfert intégral du patrimoine professionnel

291. Formes de donation. - Une donation prend en principe la forme d'un acte notarié, selon l'article 931 du Code civil. Par dérogation, la jurisprudence a admis le don manuel, la donation déguisée et la donation indirecte.

292. Absence de difficulté sur la donation déguisée et la donation indirecte du patrimoine professionnel. - Les donations indirectes et déguisées sont valables sous réserve du respect des conditions de validité de l'acte sur lequel elles reposent et de celles communes à toutes libéralités. Généralement, ces libéralités ont pour support un acte de vente et doivent donc obéir au régime des cessions à titre onéreux. Le patrimoine professionnel pouvant être transmis à titre onéreux³³⁷, remplir les conditions de validité d'une vente ne présente aucune difficulté, dans cette hypothèse. Ainsi, une donation déguisée ou indirecte du patrimoine professionnel sous la forme d'une vente est possible si le droit de la vente et celui des donations sont respectés. La conciliation avec le don manuel est, en revanche, moins évidente.

293. Définition du don manuel. - Le don manuel est un contrat réel reposant sur la tradition de la main à la main. Le don manuel naît de la remise effective de la chose au gratifié. Cette remise du bien engendre la dépossession du donateur et la prise de possession corrélatrice du donataire. Le don manuel est marqué par l'absence de formalisme.

294. Élargissement des biens pouvant être transmis par don manuel. - Le don manuel nécessitant une transmission dite de main chaude, à l'origine, seul un meuble corporel pouvait en être l'objet. Cependant, progressivement, la jurisprudence a admis qu'un don manuel puisse porter sur des meubles incorporels. Ainsi, elle a validé un don manuel par remise d'un chèque³³⁸, ou encore par virement bancaire³³⁹.

295. Biens insusceptibles de faire l'objet d'un don manuel. - La Cour de cassation, même si sa jurisprudence s'est assouplie, refuse toujours le don manuel d'un immeuble ou de

³³⁷ Article L. 526-27 du Code de commerce

³³⁸ Cass. 1^{ère} civ. 24 mai 1976, RTD civ. 1977 p. 173, obs. R. Savatier ; Defrénois 1977, p. 462, obs. G. Champenois.

³³⁹ Cass. 1^{ère} civ. 30 mars 1999, RTD civ. 1999, p. 677, obs. J. Patarin.

biens meubles soumis à immatriculation, c'est-à-dire les bateaux, navires, aéronefs. Dans un arrêt de la 1^{ère} chambre civile du 5 avril 1978, les juges ont aussi réfuté le don manuel d'un fonds de commerce, universalité de fait³⁴⁰.

296. Refus de transmettre une universalité par don manuel. - Messieurs Didier Guével et Julien Boisson³⁴¹, à partir de la solution issue de l'arrêt du 5 avril 1978, déduisent que l'interdiction de recourir au don manuel doit prévaloir pour toute universalité. Les droits successifs formant une universalité, comme le fonds de commerce, par analogie, le don manuel devrait aussi être écarté. La même analyse doit être retenue pour le patrimoine professionnel de l'EI, autre universalité. Les auteurs soulignent néanmoins la tendance jurisprudentielle à étendre le domaine du don manuel : un revirement au sujet du fonds de commerce et des autres universalités pourrait avoir lieu.

297. Recours nécessaire à l'acte authentique. - Au sujet de la donation du patrimoine affecté de l'EIRL, les auteurs n'ont pas pris la peine de s'interroger sur la forme que cette libéralité devait revêtir, estimant le recours à l'acte notarié évident³⁴². La cession à titre gratuit du patrimoine professionnel de l'EI doit aussi revêtir la forme authentique, qui reste le principe posé à l'article 931 du Code civil. Outre le raisonnement par analogie, donner par acte notarié s'explique par les dangers découlant du transfert du patrimoine professionnel. Encadrer sa cession est indispensable pour protéger les divers acteurs en présence. Le recours au notaire et l'élaboration d'un régime spécifique sont de mise.

§2- Le régime propre à la donation intégrale du patrimoine professionnel

298. Un régime à revoir. - La loi du 14 février 2022 soumet la cession intégrale du patrimoine professionnel, à titre onéreux comme à titre gratuit, au respect de conditions relatives aux parties. Elles doivent être satisfaites aussi bien en la personne du cédant que du cessionnaire, symétrie qui apparaît incongrue (A). La réforme se soucie par ailleurs de protéger les tiers, mais là encore, le texte mériterait d'être perfectionné (B).

³⁴⁰ Cass, 1^{ère} civ. 5 avril 1978, Bull. civ. I, n° 148.

³⁴¹ D. Guével et J. Boisson, Répertoire Civil Dalloz, V° Cession de droits successifs, n° 57.

³⁴² A.-M. Leroyer et J.-F. Pillebout, EIRL et droit des régimes matrimoniaux et des successions, préc., n° 321, p. 128.

A) La symétrie critiquable des conditions relatives aux parties

299. Conditions relatives aux parties. - Les parties à la donation totale du patrimoine professionnel doivent, l'une et l'autre, jouir de la capacité de disposer et de recevoir à titre gratuit³⁴³. Outre le droit commun des libéralités, les parties doivent se conformer au 3° de l'article L. 526-30 du Code de commerce, selon lequel « *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* ». Ce bilatéralisme ne se justifie pas. L'interdiction soulevée s'explique vis-à-vis du gratifié mais apparaît illogique à l'égard du disposant. Le législateur serait inspiré de modifier cette partie du texte pour l'appliquer au seul donataire.

300. Définition des sanctions. - Assez proches les unes des autres, ces différentes mesures sont malaisées à distinguer³⁴⁴. Elles ont pour point commun d'exclure du monde des affaires certains individus, pour des agissements en lien avec la gestion de leur entreprise ou société.

301. Une interdiction cohérente quant au cessionnaire. - Interdire le transfert du patrimoine professionnel au profit d'une personne frappée par l'une de ces sanctions est compréhensible par rapport à l'objectif des sanctions précitées³⁴⁵. Même si, en théorie, le transfert d'un patrimoine professionnel à un particulier pourrait être envisageable, en pratique, cette opération se réalisera plutôt au profit d'un professionnel. Or si cette personne, par sa malhonnêteté dans le traitement de ses affaires, s'est vue interdire de diriger et d'exercer une activité professionnelle, à quoi bon la gratifier d'un patrimoine professionnel ? Elle ne pourrait même pas en faire usage. Lui donner le patrimoine professionnel conduirait à sa perte, puisque l'entreprise individuelle disparaîtrait faute de pouvoir être exploitée. Empêcher un tel individu d'accéder au patrimoine professionnel permet de sauver l'entreprise, d'assurer sa pérennité et de respecter l'objectif d'exclusion du monde des affaires, découlant des sanctions prononcées.

³⁴³ Voir *supra* n° 250.

³⁴⁴ C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Lextenso, 13^{ème} éd., 2022, n° 1484, p. 1020. ; M. C. Sordino, *Les relations complexes entre le droit pénal des sociétés commerciales et le droit pénal des entreprises en difficulté*, LPA 31 juillet 2018, n°135e3, p. 50.

³⁴⁵ N. Dupouy et A.-F. Zattara, *La transmission par le nouvel entrepreneur individuel de son patrimoine professionnel*, *préc.*, n° 8 p. 37.

302. Une interdiction infondée du côté du cédant. - En revanche, il est étrange de prohiber la cession intégrale du patrimoine professionnel lorsque la personne frappée par les sanctions est le donateur. Pour le comprendre, il suffit de revenir sur l'une des conséquences de ces sanctions : éliminer un individu du circuit des affaires. L'EI qui subit l'une des sanctions énumérées par l'article L. 526-30 du Code de commerce ne peut plus diriger son entreprise individuelle. Auquel cas, rester à la tête du patrimoine professionnel revient à abandonner l'entreprise individuelle, la laisser péricliter jusqu'à ce qu'elle disparaisse. Dans cette situation, la cession intégrale du patrimoine professionnel aurait dû être encouragée par le législateur plutôt que prohibée. Le 3° de l'article L. 526-30 du Code de commerce semble donc contraire à l'objectif législatif de protection de l'EI et, au-delà, de l'entreprise individuelle.

Les parlementaires auraient dû s'inspirer davantage du droit des entreprises en difficulté. En effet, le législateur a su distinguer, dès la loi du 13 juillet 1967, l'homme et l'entreprise, sous l'impulsion du Doyen Roger Houin³⁴⁶. Le droit des entreprises en difficulté repose désormais sur l'idée que, si l'entreprise peut être aidée, il faut assurer son sauvetage, peu importe que le chef d'entreprise ait commis une faute. Le corollaire est que, même si le sauvetage de l'entreprise est impossible, il faut assurer le rebond économique à l'homme l'ayant dirigée de bonne foi. Avant la loi du 13 juillet 1967, l'homme et l'entreprise connaissaient un sort identique. La mauvaise foi du chef d'entreprise condamnait l'entreprise, même viable, à sa perte. Le chef d'entreprise de bonne foi ne disposait pas d'une seconde chance après la cessation de son entreprise. Au nom de distinction entre l'homme et l'entreprise, le législateur de 2022 aurait dû autoriser la cession intégrale du patrimoine professionnel par un EI frappé d'une des sanctions précitées, afin que ses fautes ne rejaillissent pas sur son entreprise. Heureusement, il est toujours possible pour cet EI de céder son fonds de commerce, ce qui permet de relativiser la critique.

Il est tout de même indispensable que les parlementaires retouchent le 3° de l'article L. 526-30 du Code de commerce et limitent son domaine au seul bénéficiaire, et ce dans l'intérêt de l'entreprise individuelle. Cet article n'est pas le seul à corriger : les règles se voulant protectrices des tiers devraient aussi être revues.

³⁴⁶ R. Houin, Performance de l'entreprise à travers la faillite, *Liber amicorum*, 1965, p. 609.

B) La protection perfectible des tiers à la cession

303. Objectif de protection des tiers. - En cas de donation intégrale du patrimoine professionnel, la protection des tiers s'articule autour de deux axes : l'information et l'opposition. Cependant, les mécanismes de protection s'avèrent perfectibles. L'opposabilité par une publicité du transfert assure certes une protection mais devrait être enrichie d'une publication d'un projet de cession (1). L'exercice d'un droit d'opposition mériterait quant à lui d'être amélioré (2).

1) Le perfectionnement souhaitable en matière d'information des tiers

304. Objet trop restreint de la publicité. - La publicité *ex post* actuelle (a) devrait être enrichie de la publication *ex ante* d'un projet de cession (b).

a) Une publicité actuellement limitée au transfert accompli

305. Renvoi aux textes réglementaires. - L'alinéa 5 de l'article L. 526-27 du Code de commerce dispose que la donation intégrale du patrimoine professionnel « *n'est opposable aux tiers qu'à compter de sa publicité, dans les conditions prévues par décret* ».

306. Publication d'un avis. - Le décret du 12 mai 2022 apporte les précisions nécessaires à la mise en œuvre pratique de la publicité. L'article D. 526-30 I du Code de commerce exige que les créanciers de l'EI soient informés de l'opération par un avis publié au BODACC (Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales) dans le mois suivant le transfert. Cet avis doit comporter un certain nombre d'éléments relatifs aux parties, sur leur identité et la ou les activités qu'elles exercent.

307. Publication d'un état descriptif. - L'article D. 526-30 II impose aussi un état descriptif, dont le contenu est précisé à l'article A. 526-7, issu d'un arrêté du 12 mai 2022. Les créanciers sont ainsi mis en mesure de connaître la valeur globale de l'actif et du passif professionnel. L'inventaire est établi au jour du dernier exercice clos avant la donation ou, si l'EI est dispensé d'obligations comptables, à la date convenue par les parties. Les créanciers ont aussi accès à la liste des sûretés dont jouit l'EI et aux « *montants des créances garanties* ».

par elles ». L'état descriptif comprend également « *la liste des biens du patrimoine professionnel grevés d'une sûreté et, pour chacun des biens concernés, la nature de la sûreté et le montant de la créance garantie* ».

308. Intérêts de la publication. - La publication rend opposable la donation aux créanciers jouissant de créances sur le patrimoine professionnel. Elle sécurise la situation des parties car un mois après la publication au BODACC, les créanciers restés inertes ne pourront plus s'opposer au transfert.

L'intérêt réside surtout du côté des créanciers professionnels. Les données récoltées leur seront utiles pour faire le choix de s'opposer ou non à la cession. Les informations sur la personne du bénéficiaire sont les plus précieuses. Connaissant son nom, prénom, activité et adresse professionnelle, les créanciers pourront se forger une opinion sur sa faculté à maintenir, voire à faire fructifier, le patrimoine professionnel transmis. Cela guidera leur choix d'exercer ou non le droit d'opposition.

Ces informations seraient encore plus utiles si elles étaient connues avant le transfert intégral de patrimoine, d'où la proposition de publier au préalable un projet de cession.

b) Une publicité extensible au projet de cession

309. Proximité à renforcer avec le régime de la fusion. - Publier un projet de cession serait bénéfique aux créanciers mais aussi aux parties. Une telle obligation existe en matière de fusion³⁴⁷. L'étendre au transfert intégral du patrimoine professionnel serait d'autant moins absurde que certaines des dispositions relatives à ce transfert sont inspirées des règles gouvernant la fusion. Ce n'est pas la seule raison qui devrait pousser les parlementaires à cet ajout.

310. Apprendre le changement de débiteur avant la cession. - D'abord, avec le système actuel, les créanciers sont informés après coup du transfert de patrimoine et du changement de débiteur qui s'ensuit. Si un projet de cession était publié, les créanciers pourraient mieux se préparer au changement de débiteur et à ses conséquences. Ce serait moins brutal que d'apprendre cette modification après coup.

³⁴⁷ Article L. 236-14 du Code de commerce.

311. Exercer le droit d'opposition plus facilement. - Ensuite, une publicité plus précoce serait dans l'intérêt des opposants potentiels. Selon l'actuel article D. 526-31 du Code de commerce, les créanciers peuvent former opposition au transfert intégral du patrimoine professionnel dans le mois suivant la publication de l'avis de cession au BODACC. Les créanciers n'ont donc la possibilité de s'opposer au transfert qu'après coup, une fois la donation réalisée. Ils risquent de trouver d'autant plus vaine toute tentative d'y faire barrage qu'aux termes de l'article L. 526-28, l'opposition « *n'a pas pour effet d'interdire le transfert du patrimoine professionnel* ». Les avertir dès le stade du projet de cession serait une avancée. En effet, si le projet de cession était publié en amont, les créanciers bénéficieraient de plus de temps pour réfléchir à l'exercice du droit d'opposition, et analyser les informations dont ils disposent.

312. Préparer les futures relations avec le donataire. - Enfin, si les créanciers pouvaient prendre connaissance du transfert universel de patrimoine avant sa réalisation, il leur serait loisible d'entrer en contact avec leur futur débiteur en vue de nouer une relation de confiance, essentielle dans le monde des affaires. Les créanciers pourraient même réussir à négocier avec le cessionnaire des remboursements immédiats de créances et l'obtention de certaines garanties, sans avoir à saisir le juge. Cela favoriserait la voie amiable et éviterait d'engorger davantage les tribunaux. En outre, le cessionnaire aura sans doute plus à cœur d'exécuter des remboursements et garanties qu'il a lui-même consentis, que des mesures imposées par le juge dans le cadre du droit d'opposition.

2) Le perfectionnement souhaitable en manière d'opposition

313. Consistance des imperfections. - Un texte entier, l'article L. 526-28 du Code de commerce, est consacré au droit d'opposition. Ce droit d'opposition, inspiré de celui existant en matière de fusion³⁴⁸ et sous l'EIRL³⁴⁹, conçu pour protéger les tiers à la donation du patrimoine professionnel, se révèle perfectible tant au niveau de son domaine (a) que de son régime (b).

³⁴⁸ Article L. 236-14 du Code de commerce.

³⁴⁹ Article L. 526-17 III du Code de commerce.

a) En ce qui concerne le domaine du droit d'opposition

314. Conditions de l'opposition. - Qui peut former opposition ? L'alinéa 1 de l'article L. 526-28 du Code de commerce vise « *les créanciers de l'entrepreneur individuel dont la créance est née avant la publicité du transfert* » du patrimoine professionnel. De ce texte, aux contours mal définis, découlent des conditions relatives à la personne du créancier (α) et à sa créance (β).

α - Les conditions relatives à la personne de l'opposant

315. Limitation aux créanciers professionnels de l'EI. - L'article se réfère aux créanciers de l'EI, sans distinguer entre les créanciers professionnels et personnels. De prime abord, l'adage « *là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer* » invite à ne pas priver une catégorie de créanciers du droit d'opposition. Offrir ce droit aux créanciers personnels de l'EI serait néanmoins incohérent. On voit mal quel intérêt ils auraient à agir en opposition puisqu'ils conservent le même débiteur et le même droit de gage général³⁵⁰. Comme le souligne Madame Nadège Jullian³⁵¹, l'absence de précision résulte sans doute d'une maladresse législative. Traitant du transfert universel du patrimoine professionnel, les parlementaires n'ont dû penser qu'aux seuls créanciers professionnels de l'EI, oubliant que celui-ci en a aussi des personnels. Le droit d'opposition doit être réservé aux seuls créanciers professionnels de l'EI, à l'exclusion de ses créanciers personnels. L'alinéa 1 de l'article L. 526-28 du Code de commerce mériterait d'être retouché : l'adjectif « *professionnels* » devrait être ajouté après le mot « *créanciers* ».

316. Absence de distinction entre les créanciers chirographaires et privilégiés. - Le texte ne précise pas si les créanciers de l'EI doivent être titulaires d'une sûreté pour exercer le droit d'opposition. Dans le silence de la loi, tout créancier de l'EI, chirographaire ou privilégié, doit être autorisé à s'opposer au transfert intégral du patrimoine professionnel.

³⁵⁰ S. Le Normand-Caillère, R. Mortier et N. Jullian, Le transfert du patrimoine de l'EIPP, *préc.*, p. 47.

³⁵¹ N. Jullian, La transmission du patrimoine de l'entrepreneur, de nouvelles opérations au service des entrepreneurs individuels, *préc.*, n° 38.

317. Exclusion justifiée des créanciers du cessionnaire. - La référence aux seuls créanciers de l'EI donateur induit, *a contrario*, que les créanciers du bénéficiaire de la donation ne jouissent pas du droit d'opposition au transfert.

Certains auteurs³⁵² approuvent à juste titre l'exclusion du droit d'opposition pour les créanciers du cessionnaire. Pour eux, cette exclusion est cohérente compte tenu de la philosophie du nouveau statut de l'EI. Puisque les créanciers de la personne créant son entreprise individuelle ne peuvent pas s'opposer à la dualité patrimoniale automatique engendrée par l'immatriculation de l'entrepreneur, pourquoi en irait-il autrement dans l'hypothèse où un EI l'est devenu après avoir reçu un patrimoine professionnel ?

Un autre argument milite contre un droit d'opposition au profit des créanciers du donataire. Même si, à la suite du transfert, leur débiteur devient EI et, comme tel, se retrouve à la tête d'une paire de patrimoines, la cession laisse intact leur droit de gage. En effet, outre les dettes déjà comprises dans le patrimoine professionnel lors de son transfert, seules celles contractées par le donataire après son immatriculation³⁵³ seront soumises à la limitation du droit de gage instaurée par la loi du 14 février 2022. Le cantonnement ne joue pas à l'égard des dettes du cessionnaire antérieures à la donation intégrale du patrimoine professionnel. Ainsi, les créanciers du donataire antérieurs à cette cession pourront toujours se servir sur l'ensemble des biens de leur débiteur, sans avoir à craindre un quelconque cloisonnement de leur droit de gage.

β- Les conditions relatives à la créance de l'opposant

318. Créances antérieures à la publicité. - Tous les créanciers professionnels de l'EI ne jouissent pas du droit d'opposition. Seuls ceux dont la créance est antérieure à la publicité du transfert en bénéficient. L'exclusion des créances postérieures à la publication de l'avis au BODACC est bienvenue. En effet, quand ils ont contracté, les créanciers titulaires de ces créances étaient au courant du changement de débiteur. Ils n'ont même connu que lui, de sorte que leur conférer un droit d'opposition serait difficile à justifier. Ces créanciers ne peuvent pas se prévaloir d'un intérêt à agir. Au contraire, le droit d'opposition se justifie pour ceux dont la créance est antérieure à la publicité. En effet, au moment de s'engager, ces créanciers ignoraient qu'un changement de débiteur aurait lieu.

³⁵² J.-F. Hamelin et N. Jullian, La transmission du patrimoine professionnel, *in* La réforme du statut de l'entrepreneur individuel, *préc.*, n° 309, p. 169.

³⁵³ Ou, à défaut d'obligation d'immatriculation, seules les dettes contractées « à compter du premier acte qu'il exerce en qualité d'entrepreneur individuel » (C. com., art. L. 526-23, al. 3).

319. Objet de la créance indifférent, selon la loi. - Le législateur n'insiste que sur le propriétaire des créances concernées par le droit d'opposition et sur leur date de naissance. Il reste silencieux sur l'objet de la créance. Encore une fois, l'adage « *là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer* » invite à retenir toutes les créances, qu'elles portent sur une somme d'argent ou une prestation en nature.

320. Risque de limitation aux seules créances de sommes d'argent par la jurisprudence. - Cependant, le domaine du droit d'opposition au transfert intégral de patrimoine professionnel de l'EI risque d'être limité, de façon critiquable, aux seules créances de sommes d'argent. En effet, un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 15 juillet 1992³⁵⁴ cantonne, en matière de fusion, le droit d'opposition aux créances pécuniaires. Les juges pourraient adopter la même solution pour la cession universelle du patrimoine, compte tenu de la proximité entre les articles L. 236-14 et L. 526-28 du Code de commerce, qui prévoient tout deux le « *remboursement des créances* » en cas d'opposition. Du temps de l'EIRL, Madame Nadège Jullian craignait déjà ce mimétisme³⁵⁵.

Transposer la solution de l'arrêt du 15 juillet 1992 à la transmission totale du patrimoine professionnel de l'EI serait une mauvaise idée, car les arguments déployés au soutien de la position jurisprudentielle précitée sont critiquables.

D'une part, la justification selon laquelle le terme « *remboursement* » exclut les créances de prestation en nature³⁵⁶ apparaît fragile. Elle repose sur une lecture restrictive du mot « *remboursement* » visé à l'article L. 236-14 III du Code de commerce, qui correspondrait au seul versement d'une somme d'argent et ne s'étendrait pas à l'exécution en nature d'une obligation. Or le remboursement doit plutôt être entendu au sens de paiement³⁵⁷. En effet, le paiement consiste pour le débiteur à exécuter son obligation. Le terme de paiement s'applique tant aux créances de sommes d'argent qu'à celles portant sur une prestation en nature.

Est d'autre part critiquable l'idée, émise en faveur de l'arrêt du 15 juillet 1992, selon laquelle les créances de sommes d'argent pèseraient directement sur le patrimoine du débiteur alors que les prestations en nature s'attacheraient davantage à sa personne. Ainsi, la cession

³⁵⁴ Cass. com. 15 juillet 1992, Bull. Joly 1992, p. 1111, note B. Caillaud et P. Le Cannu ; Dr. sociétés 1992, n° 220, obs. H. Le Nabasque.

³⁵⁵ N. Jullian, thèse précitée, n° 540.

³⁵⁶ B. Caillaud et P. Le Cannu, note précitée, n° 15.

³⁵⁷ R. Raffray, La transmission universelle du patrimoine des personnes morales, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 108, 2011, n° 121, p. 110.

universelle du patrimoine emporterait des conséquences plus lourdes à l'égard des créanciers de sommes d'argent qui, par conséquent, devraient être les seuls à jouir d'un droit d'opposition. Cette distinction est artificielle car les créanciers du cédant, quel que soit l'objet de leur créance, subissent tous le changement de débiteur et les risques qui s'y rapportent. De ce fait, ils devraient tous pouvoir s'opposer au transfert intégral de patrimoine. La transposition de la solution adoptée en matière de fusion reviendrait à priver, sans raison, certains créanciers d'une protection face au changement de débiteur.

Face aux critiques, il faut espérer que les juges adoptent une lecture large de la notion de créance de l'article L. 526-28 du Code de commerce et opèrent un revirement jurisprudentiel sur le droit d'opposition en présence de fusion. Pour dissiper tout risque, le mieux serait de réécrire l'article L. 526-28 du Code de commerce en rajoutant, après le vocable « *créance* », la formule « *quel que soit son objet* ». Néanmoins, les quelques imprécisions rencontrées sur le domaine du droit d'opposition sont insignifiantes par rapport aux difficultés liées à son régime.

b) En ce qui concerne le régime du droit d'opposition

321. Imperfections relatives au régime du droit d'opposition. - Le régime du droit d'opposition comprend certaines imperfections. Elles transparaissent à la lecture de l'article L. 526-28 du Code de commerce (α). Les incohérences sont encore plus visibles si l'on a à l'esprit les conséquences de l'applicabilité, à la donation universelle de patrimoine, des dispositions sur la cession de dettes, qu'il faut articuler avec le régime du droit d'opposition (β).

α - Les imperfections rédactionnelles de l'article L. 526-28 du Code de commerce

322. Moment inopportun d'exercice du droit d'opposition. - Les créanciers peuvent former opposition dans le mois suivant la publication de l'avis de cession au BODACC. La durée d'un mois n'est pas critiquable. Certes, le délai pour former opposition est court mais pas inédit puisqu'il est similaire à celui existant pour le transfert du patrimoine affecté de l'EIRL et pour la fusion. C'est plutôt le moment d'exercice du droit qui est contestable. L'opposition est formée après le transfert intégral du patrimoine professionnel, et non en amont.

Intervenir après la réalisation de la donation réduit l'intérêt et l'efficacité du droit d'opposition. En effet, lorsque le juge se prononce sur l'opposition, le transfert intégral du patrimoine date déjà de deux mois. Ce n'est qu'au bout de deux mois que le juge rejette

l'opposition, ou l'accepte en ordonnant le remboursement des créances ou la constitution de garanties. Durant ce laps de temps, parties et créanciers ignorent quelles mesures seront mises en place le cas échéant. Cette incertitude nuit à la sécurité juridique, indispensable à l'exercice des affaires.

Permettre aux créanciers de s'opposer avant la réalisation de la donation intégrale les rassurerait sur le transfert du patrimoine et réglerait les difficultés en amont. Les craintes des créanciers relatives à la donation totale du patrimoine professionnel sont liées au changement du débiteur, à sa faculté de gérer le patrimoine donné et au règlement des dettes transmises. Si le juge répond aux oppositions avant la cession universelle du patrimoine, les créanciers connaîtront les créances remboursées et les garanties accordées lors de la donation. Les parties comme les créanciers ne resteront pas trop longtemps dans l'expectative. Lors du transfert total de patrimoine professionnel, tous seraient plus sereins.

Outre ces avantages, admettre un droit d'opposition avant le transfert de patrimoine rejoindrait ce qui existe en matière de fusion. En effet, le droit d'opposition à la fusion s'effectue dans le mois suivant la publicité du projet de fusion³⁵⁸. Le législateur, s'il accepte aussi d'imposer la publication d'un projet de cession³⁵⁹, devrait s'orienter vers un droit d'opposition dans le mois suivant la publicité de ce projet de cession.

323. Droit d'opposition n'interdisant pas le transfert. - L'article L. 526-28 alinéa 2 du Code de commerce explique que « *l'opposition formée par un créancier n'a pas pour effet d'interdire le transfert du patrimoine professionnel* ». L'utilisation du verbe « *interdire* » est critiquée³⁶⁰. Il est évident que le droit d'opposition ne prohibe pas la donation universelle du patrimoine puisque celle-ci a déjà eu lieu lors de l'exercice de ce droit. On voit mal comment le droit d'opposition pourrait empêcher la réalisation d'une opération d'ores et déjà advenue. Par cet alinéa 2, les parlementaires ont sans doute voulu expliquer que le droit d'opposition ne remettait pas en cause le transfert universel du patrimoine. Il serait donc bon de réécrire l'alinéa 2 de l'article L. 526-28 du Code de commerce. La formulation suivante pourrait être adoptée : « *l'opposition formée par un créancier est sans incidence sur le transfert du patrimoine* »

³⁵⁸ Article R. 236-8 du Code de commerce.

³⁵⁹ Voir *supra* n° 309 et s.

³⁶⁰ N. Jullian, La transmission du patrimoine de l'entrepreneur, de nouvelles opérations au service des entrepreneurs individuels, *préc.*, n° 36.

professionnel »³⁶¹. Une suppression de l'alinéa serait même envisageable³⁶², car il ne fait que rappeler une évidence.

324. Imprécision et insuffisance des pouvoirs du juge. - En cas d'opposition, l'alinéa 3 de l'article L. 526-28 du Code de commerce offre au tribunal compétent le choix : soit il la rejette, soit il l'accepte en prononçant certaines mesures. Lorsque le juge accueille l'opposition, il peut ordonner le remboursement des créances de l'opposant ou la constitution de garanties. Imprécis quant aux pouvoirs du juge, cet alinéa 3 révèle aussi leur insuffisance.

325. Appréciation de la demande d'opposition. - Le texte reste silencieux sur les critères de rejet ou d'acceptation de l'opposition. Dès lors, il faut s'en remettre à l'appréciation souveraine des juges du fond. Pour apprécier le bien-fondé de la demande, le tribunal opérera sans doute une comparaison entre la situation de l'opposant avant et après la donation du patrimoine professionnel. Sa comparaison le conduira à se poser les questions suivantes. L'opposant verra-t-il son droit de gage diminué ? Le patrimoine professionnel va-t-il rester le même ? Est-ce que certains biens seront inutiles à l'activité professionnelle du donataire et sortiront donc du patrimoine transmis ? La donation réduit-elle les chances de paiement de la créance ? Répondre à ces interrogations risque d'être compliqué sans critères pour guider les juges. Une liste, au moins indicative, de paramètres à prendre en considération, eût été préférable dans un souci de sécurité juridique.

326. Remboursement des créances. - L'article L. 526-28, alinéa 3 du Code de commerce prévoit que le remboursement peut être ordonné par le juge lorsqu'il accepte l'opposition.

Le terme remboursement est susceptible de deux interprétations. Dans un sens étroit, il est entendu comme le seul versement d'une somme d'argent. Une lecture large invite à le définir comme l'exécution de la créance, approche qui doit être retenue car elle s'applique aussi bien aux créances de sommes d'argent qu'à celles portant sur une prestation en nature. Même si le texte ne le précise pas, le remboursement doit être immédiat.

L'alinéa 3 de l'article L. 526-28 présente une autre lacune. Il reste muet sur la personne tenue du paiement anticipé de la créance. Est-ce le donateur ou le donataire ? La réponse est

³⁶¹ La modification proposée est soulignée.

³⁶² S. Le Normand-Caillère, R. Mortier et N. Jullian, *Le transfert du patrimoine de l'EIPP, préc.*, p. 47.

apportée par l'alinéa 4, qui désigne le disposant³⁶³. Si la formulation de l'alinéa 4 est claire³⁶⁴, il aurait été préférable de le préciser dès l'alinéa 3 pour éviter toute ambiguïté. Tel qu'il a été rédigé, l'alinéa 3 prête en effet à confusion car il ne se réfère qu'au donataire, laissant penser que celui-ci pourrait se voir imposer le remboursement des créances. Une reformulation clarificatrice de l'alinéa 3 pourrait être la suivante : le juge « *ordonne le remboursement des créances par le cédant ou la constitution de garanties, si le cessionnaire, le donataire, ou le bénéficiaire en offre et si elles sont jugées suffisantes* »³⁶⁵.

327. Sanction à défaut de remboursement immédiat. - L'alinéa 4 de l'article L. 526-28 précise que le disposant, auquel le juge impose un remboursement de créance, « *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 Code de commerce. Cet alinéa permet d'identifier les biens saisissables par les opposants, en cas d'irrespect par le donateur de son obligation de remboursement immédiat.

Sont exclus les biens rendus insaisissables par l'article L. 526-1 du Code de commerce, à savoir la résidence principale de façon automatique, et sur déclaration notariée, les autres biens fonciers n'ayant pas un usage professionnel.

En revanche, les opposants peuvent jeter leur dévolu sur les autres biens du donateur. Il s'agit des actifs compris dans son ancien patrimoine personnel, devenu son patrimoine unique depuis le transfert³⁶⁶. C'est la référence au droit de gage général de l'article 2284 du Code civil qui permet aux opposants de saisir ces biens. Sans renvoi à l'article 2284, le droit de gage instauré par l'article L. 526-22 du Code de commerce les aurait empêché d'appréhender les biens de l'ancien patrimoine personnel, ceux-ci étant insaisissables par les créanciers professionnels. Sans le secours de l'article 2284 du Code civil, ne pouvant obtenir aucun bien du cédant, les opposants auraient été réduits à l'impuissance en cas de refus de paiement immédiat. Le droit de gage conféré aux opposants non remboursés est donc une initiative

³⁶³ « *Lorsque la décision de justice lui ordonne le remboursement des créances, l'entrepreneur individuel auteur du transfert* », article L. 526-28, alinéa 4 du Code de commerce ; M. Mignot, L'entrepreneur individuel et les sûretés, RLDC 2023/210, n° 7253.

³⁶⁴ Y. Judeau et T. Leobon, Des prémices à la reconnaissance du patrimoine professionnel, *préc.*, n° 108, p. 46

³⁶⁵ L'ajout a été souligné.

³⁶⁶ Le patrimoine du disposant est désormais unique, la donation ayant bouleversé sa situation patrimoniale. Avant le transfert, en sa qualité d'EI, le cédant avait deux patrimoines : un personnel et un professionnel. Du fait de la donation du second, il ne lui reste que son patrimoine personnel, adjectif qui devient au demeurant superflu, car son emploi ne se justifie que pour marquer l'opposition avec le professionnel.

heureuse, saluée par la doctrine³⁶⁷. L'alinéa 4 de l'article L. 526-28 du Code de commerce doit, par conséquent, être maintenu en l'état.

A priori, l'opposant non remboursé par le cédant devrait aussi pouvoir s'en prendre à d'autres biens. N'ayant pas été désintéressé, il est devenu, en raison du transfert universel du patrimoine professionnel, créancier du donataire. En cette qualité, lorsque sa créance sera exigible, il pourra en réclamer le paiement au gratifié. Si celui-ci refuse, l'opposant, créancier professionnel du donataire, pourra saisir les biens du patrimoine professionnel donné.

328. Constitution de garanties. - La seconde mesure que le juge peut ordonner est la constitution de garanties par le donataire.

Que faut-il entendre par garanties ? Le terme semble ici synonyme de sûretés. Cependant, le donataire ne peut pas souscrire n'importe lesquelles au profit du créancier opposant. En effet, il ne pourra pas se porter caution de l'opposant puisque, par le transfert, il devient son débiteur. Or le débiteur principal et la caution doivent être des personnes distinctes. En revanche, la garantie peut consister en une sûreté réelle, un gage ou une hypothèque par exemple.

Le rôle du juge dans la prise des garanties est très limité, le tribunal ne pouvant intervenir que si deux conditions cumulatives sont réunies. D'une part, le donataire doit proposer une sûreté. Tout dépend donc du bon vouloir du donataire. Le juge est impuissant si l'intéressé ne veut pas offrir de garantie : aucune contrainte n'est prévue. Cette première condition mériterait d'être supprimée. Le juge devrait pouvoir obliger le gratifié à constituer une sûreté. Cela étofferait la famille des sûretés dites judiciaires, c'est-à-dire pouvant être imposées par un juge. Comme il n'existe pas de sûretés judiciaires sans texte, il faudrait remanier l'article L. 526-28, alinéa 3, du Code de commerce. D'autre part, la garantie doit être jugée suffisante. Comme pour la décision de rejet ou d'acceptation de la demande d'opposition, le texte reste silencieux sur la notion de suffisance, qui paraît abandonnée à l'appréciation souveraine des juges du fond. Le caractère suffisant de la garantie proposée doit s'apprécier en fonction de sa solidité intrinsèque, à mettre en perspective avec l'importance de la créance.

³⁶⁷ N. Jullian, La transmission du patrimoine de l'entrepreneur, de nouvelles opérations au service des entrepreneurs individuels, *préc.*, n° 38 ; Y. Judeau et T. Leobon, Des prémices à la reconnaissance du patrimoine professionnel, *préc.*, n° 108, p. 46

β- Les imperfections relationnelles nées de la combinaison avec les règles de cession de dettes

329. Application des dispositions sur la cession de créance, de dette et de contrat. -

A la lecture de l'article L. 526-27 alinéa 3 du Code de commerce, le transfert universel du patrimoine professionnel de l'EI reste soumis aux textes sur la cession de créance, de dette et de contrat. L'application des règles de la cession de dettes, anodine au premier abord, engendre en réalité des problèmes de cohérence avec le régime du droit d'opposition.

330. Règles de la cession de dettes. - Un rappel de ces règles permettra de s'en rendre compte. La cession de dette est un contrat nécessitant l'intervention de trois acteurs : un débiteur originaire, un débiteur substitué et un créancier cédé. Le débiteur originaire va, avec l'accord du créancier cédé, transmettre sa dette au débiteur substitué. La cession de dette entraîne un changement de débiteur. Pour protéger le cédé, le débiteur initial reste tenu solidairement avec le substitué du règlement de la dette. Seul le consentement exprès du créancier cédé libère le cédant pour l'avenir. Dans ce cas, le paiement de la dette pèse sur le seul cessionnaire.

331. Articulation avec le droit d'opposition au transfert. - Le jeu de ces règles, combiné au régime du droit d'opposition, aboutit à des invraisemblances. L'accord du créancier à la donation universelle du patrimoine professionnel de l'EI entraîne le transfert des dettes. Or si le créancier a accepté la transmission totale du patrimoine professionnel, pourquoi s'y opposerait-il par la suite ? C'est incohérent ! Une personne sensée ne va pas accepter quelque chose pour ensuite s'y opposer. De plus, si le créancier cédé accepte la cession de dette sans libération du cédant, il jouit déjà d'une protection importante grâce à la solidarité offerte par l'article 1327-2 du Code civil. S'opposer au transfert intégral ne présente aucun intérêt³⁶⁸.

332. Proposition de conservation du seul droit d'opposition. - Le législateur doit choisir entre les deux mécanismes pour gagner en clarté et en cohérence. Opter pour le droit d'opposition avec les modifications proposées précédemment³⁶⁹ semble préférable. Pour s'en persuader, il faut revenir sur l'objet du transfert universel. La donation porte sur un patrimoine, c'est-à-dire un contenant. Les dettes, quant à elles, relèvent du contenu du patrimoine. Les

³⁶⁸ N. Jullian, La transmission du patrimoine de l'entrepreneur, de nouvelles opérations au service des entrepreneurs individuels, *préc.*, n° 39.

³⁶⁹ Voir *supra* n° 322 et s.

articles sur la cession de dettes sont donc des dispositions relatives à un contenu. Par le droit d'opposition, les créanciers se dressent contre le transfert d'un contenant. La donation de patrimoine ayant pour objet un contenant, il semble opportun d'écarter les règles de la cession de dettes, pensées pour le contenu, et leur préférer le régime du droit d'opposition, imaginées pour le contenant.

Chapitre 2 : Le legs, grand oublié

333. Définition du testament et legs. - Le testament est un acte unilatéral pouvant abriter diverses dispositions d'ordre extrapatrimonial (sépulture, reconnaissance d'enfant, désignation d'un tuteur) ou patrimonial (legs, exhérédation). La plus courante de ces dispositions est le legs, libéralité à cause de mort, par laquelle le testateur décide du sort *post mortem* de ses biens ou de certains d'entre eux.

334. Silence de la loi de 2022 à propos du legs. - Les textes relatifs à l'EI ne traitent pas du legs. Il est le grand oublié de la réforme de 2022 comparé à la donation. Ce mutisme légal conduit à se poser diverses questions.

335. Réunion des patrimoines au décès. - Certaines interrogations au sujet du legs sont liées à la réunion des patrimoines professionnel et personnel lors du décès de l'EI. Pour mieux comprendre les difficultés, une explication préalable s'impose. De son vivant et tant qu'il continue d'exercer son activité, l'EI est à la tête de deux patrimoines : un personnel et un professionnel. Cependant, le décès de l'EI provoque, en principe³⁷⁰, la réunion de ces deux patrimoines en un seul, selon l'article L. 526-22 alinéa 8 du Code de commerce. Ses patrimoines professionnel et personnel vont, en quelque sorte, fusionner pour n'en former qu'un : le patrimoine successoral. Les deux patrimoines qu'avait l'EI n'existent plus en tant que contenus distincts. Leurs contenus respectifs sont rassemblés au sein d'un nouveau réceptacle : le patrimoine successoral.

336. Interrogations relatives au legs consenti par un EI. - Les questions qui se posent sont de deux types.

Tantôt, lorsque le legs est universel ou à titre universel, l'EI ayant de son vivant deux patrimoines, se pose la question de l'étendue de la libéralité consentie. L'EI lègue-t-il des biens issus de ses deux patrimoines ou la libéralité se limite-t-elle aux actifs d'un seul de ses patrimoines ? (Section I).

Tantôt, l'étendue du legs ne fait aucun doute car il est facile de déterminer quels biens, voire quelle universalité l'EI souhaite transmettre par testament, et le doute porte alors sur l'exécution d'un tel legs ainsi que sur sa qualification (Section II).

³⁷⁰ Le texte pose aussi une exception. Voir *infra* n° 366 et s.

Section I : Les interrogations relatives à l'étendue du legs

337. Problématique. - La lecture du testament rédigé par le défunt permet de définir les biens que celui-ci transmet au légataire. En principe, cette phase ne présente pas de difficulté lorsque le legs est universel ou à titre universel. Cependant, le cas de l'EI pourrait changer la donne. Le fait qu'il soit à la tête de deux patrimoines de son vivant a-t-il une incidence sur les biens transmis par legs à titre universel (§1) ou universel (§2) ?

§1- Étendue du legs à titre universel consenti par un EI

338. Validité du legs à titre universel réalisé par un EI. - *A priori*, comme toute personne ayant la capacité de disposer à titre gratuit, l'EI devrait pouvoir transmettre par testament une quote-part de ses biens, tous ses meubles, tous ses immeubles, une quote-part de tous ses meubles ou une quote-part de tous ses immeubles. Dans ces hypothèses, le legs est à titre universel, selon l'article 1010, alinéa 1, du Code civil.

339. Biens transmis par legs à titre universel. - La détermination des biens à transmettre au légataire devra s'apprécier par rapport à l'ensemble des biens du *de cuius*, puisque l'article L. 526-22, alinéa 8, du Code de commerce prévoit, en principe, la réunion des patrimoines personnel et professionnel au décès de l'EI. Par exemple, si le légataire a droit à tous les immeubles, il faudra lui transmettre tant ceux de l'ancien patrimoine personnel que ceux de son patrimoine professionnel.

§2- Étendue du legs universel consenti par un EI

340. Validité du legs universel effectué par un EI. - Si, dans son testament, l'EI emploie des formules du type « *j'institue légataire universel X* » ou « *je lègue à X tous mes biens* », le legs est dit universel. Comme toute personne capable de tester, l'EI devrait pouvoir consentir un tel legs.

341. Biens transmis par legs universel. - L'interrogation sur ce type legs, concerne l'étendue des biens transmis par l'EI. Le legs universel emporte-t-il transfert de propriété que

des biens professionnels, que des actifs personnels ou des deux catégories de biens ? Compte tenu de la réunion des patrimoines personnel et professionnel au décès, X aura vocation à recueillir les biens tant de l'ancien patrimoine personnel que ceux de l'ancien patrimoine professionnel³⁷¹. Ce legs sera qualifié d'universel car il porte sur l'intégralité des biens en provenance des deux patrimoines réunis. Ce legs devrait être soumis au seul droit des libéralités. En effet, grâce à la réunion des patrimoines au décès, il ne présente aucune spécificité par rapport au legs universel consenti par un *de cuius* non EI.

Section II : Les interrogations relatives à l'exécution et à la qualification du legs

342. Problématique. - La réunion des patrimoines personnel et professionnel au décès de l'EI conduit à s'interroger sur la faisabilité même de certains legs. Tel est le cas lorsque l'EI souhaite léguer tous les biens de son patrimoine professionnel ou personnel, ou encore lorsqu'il veut transmettre son patrimoine professionnel à cause de mort. Ces legs peuvent-ils s'exécuter malgré la réunion patrimoniale ? En outre, comment doit-on les qualifier ? Il faut les étudier tour à tour pour répondre aux problèmes évoqués.

§1- Le legs par l'EI de tous les biens d'un de ses patrimoines

343. Réflexions valant pour le legs de tous les biens de l'un quelconque des patrimoines de l'EI. - Dans son testament, un EI pourrait exprimer son souhait que tous les biens de son patrimoine professionnel reviennent à X après son décès. L'EI pourrait aussi vouloir léguer à Y tous les biens de son patrimoine personnel. Que l'EI consente un legs sur tous les biens de son patrimoine professionnel ou sur tous ceux de son patrimoine personnel, les difficultés sont les mêmes. Est-il possible de les exécuter ? Comment les qualifier ? Les interrogations rencontrées étant similaires, dans un souci de simplicité, nous parlerons seulement du legs de tous les biens du patrimoine professionnel, mais nos observations sont transposables au legs de tous les biens du patrimoine personnel.

³⁷¹ Anciens car, avec la réunion, les patrimoines personnel et professionnel ont disparu en tant que tels pour se confondre, créant ainsi un patrimoine successoral.

344. Validité du legs. - Un testament par lequel l'EI transmet tous les actifs de son patrimoine professionnel est-il valable ? Il faut répondre par l'affirmative, dès lors que les règles classiques de validité des testaments sont respectées.

345. Caractère exécutable du legs. - Ce testament peut-il être exécuté, sachant que le patrimoine professionnel n'existe plus au décès du défunt, en raison de sa réunion avec le patrimoine personnel prévue à l'article L. 526-22 alinéa 8 du Code de commerce ? Cette confusion des patrimoines empêche-t-elle le legs de s'accomplir ?

Pour qu'un legs puisse se réaliser, il faut que son objet existe toujours au décès du défunt. Si l'objet du legs n'existe plus, exécuter le testament s'avère impossible, celui-ci étant caduc. Pour savoir si le testament peut se concrétiser, il faut donc identifier la chose objet du legs, puis vérifier si elle existe toujours au décès du défunt.

Ici, le legs a pour objet tous les biens du patrimoine professionnel. Par ce legs, l'EI veut transmettre un contenu (des biens) et non leur réceptacle (le patrimoine professionnel). Même si, à la mort de l'EI, le patrimoine professionnel n'existe plus en raison de la réunion patrimoniale, son contenu, les biens qui y émergeaient, subsistent au décès. Dans la mesure où le legs a pour objet des biens existants toujours après le décès de l'EI, l'exécution peut avoir lieu.

346. Qualification à retenir. - Si ce legs est valable et peut être exécuté, dans quelle catégorie faut-il le ranger ?

Le legs est-il universel puisqu'il englobe tous les biens d'un patrimoine, à savoir le patrimoine professionnel ? On peut en douter, car tous les biens du *de cuius* n'y sont pas inclus. En effet, il ne comprend pas ceux de son patrimoine personnel. Ainsi, le légataire n'a pas la vocation au tout mais juste à une partie des biens du défunt.

Le legs est-il alors à titre universel ? La liste des legs à titre universel de l'article 1010 du Code civil étant limitative, il faut s'assurer qu'il entre dans l'un des 5 types énumérés par le texte : quote-part des biens, tous les immeubles, tous les meubles, quote-part des immeubles, quote-part des meubles. Ici, les biens légués ont pour point commun leur caractère professionnel et non leur qualité mobilière ou immobilière. Ils ne correspondent pas non plus à une fraction, à une quote-part du patrimoine réuni. Par conséquent, la qualification de legs à titre universel doit être écartée.

Dans ces conditions, le legs de tous les biens du patrimoine professionnel est-il à titre particulier ? Si l'on réfute la qualification de legs universel, mais également celle de legs à titre

universel, alors il devrait être rangé parmi les legs à titre particulier. En effet, selon l'article 1010, alinéa 2, du Code civil, tout legs qui n'est ni universel ni à titre universel appartient à la catégorie des legs à titre particulier. Retenir une telle qualification irait dans le sens d'un arrêt de la 1^{ère} chambre civile du 13 février 1973³⁷², ayant considéré qu'était un legs à titre particulier la disposition testamentaire par laquelle un défunt léguait tous ses biens situés en France. Le point commun de ces biens, à savoir leur localisation, ne correspondait à aucun type de legs à titre universel. Il en va de même pour le caractère professionnel des biens dans la situation étudiée.

§2- Le legs du patrimoine professionnel

347. Objet du legs. - Si le testament d'un EI est rédigé de la manière suivante : « *je lègue mon patrimoine professionnel à X* », le legs porte sur le patrimoine professionnel lui-même, pris comme universalité, et non sur les biens le composant. Cela soulève plusieurs questions.

348. Admission incertaine d'un legs du patrimoine professionnel. - Un tel legs du patrimoine professionnel en tant que contenant est-il possible ? L'EI dispose-t-il, comme en matière de donation, de la faculté de transmettre son patrimoine professionnel ? La rare doctrine sur le sujet est divisée.

Certains pensent que seules les opérations visées expressément à l'article L. 526-27 du Code de commerce, à savoir la donation, la cession à titre onéreux et l'apport en société, permettent un transfert universel du patrimoine professionnel³⁷³. Ces auteurs s'appuient sur la rédaction de l'article L. 526-27, alinéa 1 du Code de commerce pour expliquer l'impossibilité de léguer son patrimoine professionnel par testament³⁷⁴. Selon cet alinéa, « *l'entrepreneur individuel peut [...] transmettre à titre gratuit entre vifs [...] l'intégralité de son patrimoine professionnel* ». Madame Isabelle Sérandour estime, par un raisonnement *a contrario*, que si le transfert à titre gratuit du patrimoine est permis « *entre vifs* », le législateur a voulu prohiber sa transmission à cause de mort. Si telle n'avait pas été son intention, le législateur se serait vraisemblablement contenté d'indiquer que l'EI peut céder son patrimoine professionnel à titre

³⁷² Cass. civ. 1^{ère}, 13 février 1993, Bull. civ. I, n° 54, D. 1973, jur., p. 656, note A. Breton.

³⁷³ K. Lafaurie, Les conséquences juridiques du décès de l'entrepreneur individuel après la loi du 14 février 2022, Solution notaire Hebdo, 23 juin 2012, n° 21, doctrine, p. 15, spé. n° 9 ; A. Nallet, Le transfert du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel, *préc.*, p. 38 ; H. Leyrat et B. Brignon, La nouvelle transmission universelle du patrimoine professionnel à titre gratuit, *préc.*, p. 28 ; J.-F. Hamelin et N. Jullian, La transmission du patrimoine professionnel, in La réforme du statut de l'entrepreneur individuel, *préc.*, n° 257, p. 145.

³⁷⁴ I. Sérandour, La transmission à titre gratuit du patrimoine professionnel, *préc.*, p. 271.

gratuit, sans plus de précision. L'expression « *entre vifs* » fait référence à la seule donation, ce qui exclut, de manière sous-entendue, la transmission à titre gratuit par legs.

D'autres auteurs estiment que la liste dressée par l'article L. 526-27, alinéa 1, n'est pas exhaustive et autorise le transfert par d'autres opérations³⁷⁵. Le legs du patrimoine professionnel devrait alors être admis, au motif qu'aucun texte ne le prohibe³⁷⁶.

Face aux divergences doctrinales, il est difficile de se prononcer, en l'attente d'une réponse jurisprudentielle ou d'une précision législative sur ce point.

349. Exécution impossible du legs : la caducité. - A supposer qu'un legs du patrimoine professionnel soit admis, pourrait-il être exécuté ? La question se pose car, en principe, le décès du défunt a produit la réunion des patrimoines professionnel et personnel. Les deux patrimoines se sont fondus l'un dans l'autre pour n'en former plus qu'un. Dès lors, est-il envisageable de « ressusciter » le patrimoine professionnel pour le transmettre au légataire ?

Ici, l'objet du legs est le patrimoine professionnel de l'EI, et non les biens le constituant. Étant donné que l'exécution du testament nécessite le maintien de l'objet légué au décès du *de cuius* et que le patrimoine professionnel a disparu à cette date, la caducité s'impose. Il est impossible d'exécuter un testament dont l'objet a cessé d'exister. Transmettre à cause de mort le patrimoine professionnel comme universalité est donc exclu.

Madame Nadège Jullian avait pointé la difficulté dès le projet de loi sur l'EI et cherchait à alerter les parlementaires sur ce point³⁷⁷. Hélas, le législateur n'a pas écouté les recommandations émises.

Dès lors, l'EI qui souhaite voir une personne poursuivre son activité après son décès ne doit pas l'instituer légataire du patrimoine professionnel. Il doit agir en amont en le lui transmettant par le biais d'une donation. Le droit actuel implique donc un minimum de prévoyance de la part de l'EI désirant la poursuite de son activité après son décès. La négligence de l'EI entraînera la disparition à sa mort de son patrimoine professionnel. L'anticipation et la connaissance du droit seront des qualités à acquérir, à défaut de modification des règles de transmission.

³⁷⁵ B. Dondero, Place à l'entrepreneur individuel à deux patrimoines (EI2P) !, *préc.*, p. 207, n° 65.

³⁷⁶ V. Legrand et J. de Faultrier, *Entreprise individuelle*, Encyclopédie Delmas, 13^{ème} éd. 2015/2016, n° 124. 15, p. 321.

³⁷⁷ N. Jullian, *Projet de loi en faveur de l'activité professionnelle indépendante – Vers une généralisation des apports de patrimoine à titre universel ?*, *Dr. sociétés* 2022, repère 1.

350. Qualification de legs à titre particulier. - Si un jour le législateur intervient pour assurer l'exécution d'un legs du patrimoine professionnel, dans quelle catégorie faudrait-il le ranger ? Qualifier ce legs d'universel serait une erreur car le légataire du patrimoine professionnel n'a pas vocation à recevoir tous les biens de l'EI mais exclusivement ceux issus dudit patrimoine professionnel. Le patrimoine professionnel ne correspondant à aucun des types de legs à titre universel listés à l'article 1010, alinéa 1, du Code civil, cette qualification devrait aussi être rejetée. Puisque le legs du patrimoine professionnel ne serait ni universel ni à titre universel, il entrerait dans la catégorie des legs à titre particulier, par application de l'article 1010, alinéa 2, du Code civil. Monsieur Hervé Morell, à propos de l'EIRL, avait déjà retenu cette qualification pour le legs du patrimoine affecté³⁷⁸.

³⁷⁸ H. Morell, thèse précitée, n° 854, p. 397.

Titre 2 : La succession de l'entrepreneur individuel

351. Décès de l'EI. - La succession de l'EI va s'ouvrir au jour de sa mort.

352. Questions soulevées. - Savoir ce qu'il advient des patrimoines personnel et professionnel de l'EI est l'interrogation qui vient immédiatement à l'esprit (Chapitre 1). Par ailleurs, comme toute personne, au cours de sa vie, l'EI a pu consentir des libéralités qui donneront lieu à des restitutions successorales au moment du règlement de la succession. Lorsque seul un élément de ses patrimoines a été transmis à titre gratuit, le régime est le même que pour le rapport et/ou la réduction des libéralités réalisées par un individu non EI. L'hypothèse n'appelle donc pas de commentaires particuliers ici. En revanche, les restitutions successorales engendrées par la donation intégrale du patrimoine professionnel de l'EI doivent être examinées. En effet, la spécificité de l'objet donné, en l'occurrence un patrimoine, suscite diverses interrogations (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Le sort des patrimoines personnel et professionnel au décès de l'EI

353. Sort variable selon la situation. - L'article L. 526-22, alinéa 8, du Code de commerce explique que le décès de l'EI entraîne la réunion de ses patrimoines professionnel et personnel, « *sous réserve des articles L. 631-3 et L. 640-3 du présent Code* ». Du texte transparaît un principe, la réunion des patrimoines à la mort de l'EI (Section I), et une exception, le maintien de la séparation patrimoniale en cas d'ouverture *post mortem* d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire (Section II).

Section I : La réunion de principe des patrimoines

354. Conséquences de la réunion patrimoniale. - En se réunifiant, les patrimoines personnel et professionnel vont former un patrimoine successoral unique. Les patrimoines de l'EI vont se confondre, leurs contenus respectifs vont se mélanger pour aboutir à la création d'un nouveau réceptacle comprenant l'ensemble des biens et dettes des deux précédents. Le passage de deux patrimoines à un seul va avoir des incidences sur l'option successorale (§1) et sur le droit de gage des créanciers successoraux (§2).

§1- L'incidence sur l'option successorale

355. Option à trois branches. - Chaque successible bénéficie d'une option successorale à trois branches : soit il accepte purement et simplement la succession, soit il l'accepte à concurrence de l'actif net, soit il y renonce. Cette option est indivisible, selon l'article 769 du Code civil, c'est-à-dire que l'héritier doit exercer la même branche de l'option successorale pour tous les biens lui revenant.

356. Maintien de l'unicité de l'option. - On aurait pu penser que l'EI ayant deux patrimoines de son vivant, ses héritiers jouiraient d'une double option successorale : une sur son patrimoine professionnel et l'autre sur son personnel. Tel serait le cas si la séparation patrimoniale était maintenue à la mort de l'EI³⁷⁹. Or en principe, la dualité patrimoniale cesse au décès l'EI. Les patrimoines se réunissant pour n'en former qu'un, l'existence d'une double option doit être écartée³⁸⁰. Doivent être appliqués les principes d'indivisibilité et d'unicité de l'option. Un seul patrimoine, une unique option. Ainsi, un héritier ne peut pas choisir une branche de l'option successorale pour les biens et dettes personnels de l'EI, et une autre pour les biens et dettes professionnels. Soit l'héritier accepte le tout, soit il y renonce, mais il ne peut pas panacher.

§2- L'incidence sur le droit de gage des créanciers successoraux

357. Conséquences pour les créanciers. - La formation d'un patrimoine successoral unique sonne la fin de la limitation du droit de gage des créanciers (A). L'assiette en résultant est source d'avantages et d'inconvénients pour les créanciers successoraux (B).

A) Le décroissement du droit de gage au décès de l'EI

358. Droit de gage des créanciers du vivant de l'EI. - L'article L. 526-22 du Code de commerce fixe le droit de gage des créanciers de l'EI. Les créanciers professionnels ne peuvent que saisir les biens du patrimoine professionnel. Quant aux créanciers personnels, ils ne peuvent

³⁷⁹ Voir *infra* n° 378.

³⁸⁰ K. Lafaurie, Les conséquences juridiques du décès de l'entrepreneur individuel après la loi du 14 février 2022, *préc.*, n° 9 et 10, p. 17.

s'en prendre qu'aux biens du patrimoine personnel de leur débiteur. Le droit de gage des uns et des autres est modelé par la séparation patrimoniale mise en place.

359. Devenir du cantonnement du droit de gage au décès de l'EI. - Le décès de l'EI provoque la réunion des patrimoines, selon l'alinéa 8 du texte. Entraîne-t-il, par conséquent, la fin de la limitation du droit de gage ? L'article ne le précise pas.

360. Arguments en faveur de la fin du cantonnement. - La confusion des patrimoines a pour conséquence directe de mettre un terme au cantonnement du droit de gage. En effet, c'est la séparation des patrimoines qui justifiait la limitation du droit de poursuite. Le décès de l'EI faisant cesser la dualité patrimoniale, le cantonnement doit prendre fin car il n'a plus de fondement³⁸¹.

D'aucuns pourraient ne pas être convaincus par cet argument et rétorquer que, s'agissant de l'EIRL, le cantonnement du droit de gage persistait malgré la réunion des patrimoines. Il est possible de répliquer, que sous l'EIRL, un texte prévoit expressément la survivance du cantonnement³⁸² alors que, sous l'EI, la loi reste silencieuse. Sous l'EIRL, le maintien de la limitation du droit de gage après le décès est justifié, non par la dualité patrimoniale, mais par un texte. Or sous l'EI, la division patrimoniale est abolie au décès, et aucun texte n'exige la persistance du cantonnement³⁸³. Dès lors, rien ne justifie que la frontière créanciers personnels/créanciers professionnels perdure après le décès de l'EI³⁸⁴.

Enfin, le cantonnement et la scission patrimoniale ont pour objectif de protéger l'EI en réduisant les risques inhérents à l'exercice d'une profession indépendante. Lorsque l'EI décède, il n'a plus besoin d'être protégé. La limitation du droit de gage n'a alors plus lieu d'être³⁸⁵.

361. Droit de gage des créanciers au décès de l'EI. - La réunion patrimoniale et l'absence de texte contraire invitent à offrir aux créanciers successoraux un droit de gage identique, ayant pour assiette l'ensemble des biens du *de cuius*, quel que soit leur patrimoine

³⁸¹ *Ibid*, n° 6, p. 16.

³⁸² L'article L. 526-15 du Code de commerce, après avoir expliqué que la mort de l'EIRL entraîne la fin de l'affectation, précise dans une seconde phrase que « *Toutefois [...] en cas de décès, les créanciers [personnels et professionnels de l'EIRL] conservent pour seul gage général celui qui le leur au moment [...] du décès* ».

³⁸³ K. Lafaurie, Les conséquences juridiques du décès de l'entrepreneur individuel après la loi du 14 février 2022, *préc.*, n° 6, p. 16.

³⁸⁴ G. Drouot, De l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée à l'entrepreneur individuel tout court, *préc.*, p. 50.

³⁸⁵ K. Lafaurie, Les conséquences juridiques du décès de l'entrepreneur individuel après la loi du 14 février 2022, *préc.*, n° 7, p. 16.

d'origine³⁸⁶. Ils pourront aussi appréhender les biens personnels des héritiers ayant accepté purement et simplement la succession, ceux-ci étant tenus *ultra vires successionis*, au-delà des forces de la succession.

B) Les avantages et inconvénients du droit de gage des créanciers successoraux

362. Aspects positifs et négatifs. - Le droit de gage conféré aux créanciers de l'EI à son décès présente des forces (1) mais aussi des faiblesses (2).

1) L'extension de l'assiette du droit de gage

363. Intérêt de la réunion patrimonial pour les créanciers de l'EI. - Le principal avantage réside en l'extension de l'assiette du droit de gage. Les créanciers professionnels peuvent saisir les biens professionnels du *de cuius*, mais aussi ses biens personnels³⁸⁷. Avant le décès de l'EI, l'accès aux biens personnels leur était interdit. La même remarque peut être émise à l'égard des créanciers personnels. L'assiette de leur droit de gage étant étendue, ces créanciers peuvent appréhender plus de biens. *A priori*, leurs chances d'être désintéressés devraient augmenter. Cependant, tel n'est pas toujours le cas, en raison de la concurrence instaurée entre les créanciers professionnels et personnels de l'EI.

2) La concurrence entre les créanciers professionnels et personnels de l'entrepreneur individuel

364. Présentation des inconvénients. - En contrepartie de l'élargissement de l'assiette des biens saisissables, les créanciers professionnels et personnels se retrouvent en concurrence. Du vivant de l'EI, une telle concurrence ne régnait pas, chaque catégorie de créancier bénéficiant de droits de gage différents. Cette concurrence peut nuire à certains créanciers.

Pour le comprendre, une illustration s'impose. Par exemple, un EI a un créancier personnel chirographaire bénéficiant d'une créance de 500 € et un créancier professionnel privilégié, titulaire d'une créance 1 000 €. La valeur des biens personnels saisissables de l'EI

³⁸⁶ D. Poracchia et J.-N. Stoffel, Panorama sur le nouveau statut d'entrepreneur individuel, art. préc., p. 62.

³⁸⁷ A l'exclusion de la résidence principale dont la saisie reste interdite aux créanciers professionnels malgré le décès, selon l'article L. 526-3, alinéa 3, du Code de commerce. Voir K. Lafaurie, Les conséquences juridiques du décès de l'entrepreneur individuel après la loi du 14 février 2022, *préc.*, n° 8, p. 17.

est de 1 000 €, et son actif professionnel s'élève à 200 €. Si les créanciers exercent leur droit de poursuite du vivant de l'EI, le créancier professionnel ne sera désintéressé qu'à hauteur de 200 € puisqu'il peut uniquement saisir les biens professionnels de l'EI. Le créancier personnel sera, quant à lui, totalement désintéressé, son droit de gage portant sur les biens personnels. Si le droit de poursuite s'exerce au décès de l'EI, patrimoines personnel et professionnel étant réunis, les deux créanciers vont se retrouver en concurrence. Ils jouissent d'un droit de gage identique, ayant pour assiette l'ensemble des biens de l'EI (1 200 €). Le créancier professionnel, grâce à sa sûreté, sera payé en premier. Ce règlement prioritaire lui permet d'être totalement désintéressé. Le créancier personnel sera payé en dernier car il est chirographaire. Il reste 200 € de biens successoraux saisissables à ce stade. Le créancier personnel ne recevra donc que 200 € sur les 500 qu'il réclame. Donc, alors que le montant des créances et des biens sont les mêmes, la réunion des patrimoines, et l'élargissement du droit de gage qui en découle, ont inversé la tendance. Dans l'exemple, du vivant de l'EI, le créancier personnel a l'avantage, alors qu'à son décès, c'est le créancier professionnel qui l'emporte.

Ce changement radical est critiquable et source d'insécurité, le décès d'une personne étant un événement aléatoire. De plus, lorsqu'ils s'engagent, les créanciers ne pensent pas forcément au décès de leur cocontractant et aux conséquences sur leurs chances d'être désintéressés.

Pour relativiser, les créanciers successoraux victimes de la fin du cantonnement pourront se consoler en saisissant les biens personnels des héritiers de l'EI tenus *ultra vires successionis*. Encore faut-il pour cela que des héritiers aient accepté purement et simplement la succession.

365. Réponse aux inconvénients par la création d'un droit de préférence. - Une solution pour éviter la concurrence entre créanciers professionnels et personnels et ses dérives, tout en conservant l'avantage d'une assiette plus large, serait d'établir un droit de préférence.

L'idée est la suivante. Au décès de l'EI, les créanciers personnels bénéficieraient du droit d'être payés en priorité sur les biens personnels du *de cuius*. Une fois tous les créanciers personnels payés, le reliquat, s'il y en a un, serait accessible aux créanciers professionnels que la saisie des biens professionnels n'a pas suffi à désintéresser. De façon symétrique, le même droit de préférence devrait être mis en place au profit des créanciers professionnels. Ils seraient payés en priorité sur les biens professionnels. Le reliquat éventuel irait aux créanciers personnels non désintéressés par la saisie des seuls biens personnels.

Cette solution ne revient pas à maintenir le cantonnement du droit de gage. En effet, au décès de l'EI, ses créanciers personnels pourraient saisir ses biens professionnels, exclus

jusqu'alors de leur droit de poursuite. Simplement, ils ne pourraient jeter leur dévolu sur ces biens qu'après le désintéressement intégral des créanciers professionnels.

L'alinéa 8 de l'article L. 526-22 du Code de commerce pourrait être complété par les phrases suivantes. « *Au décès de l'entrepreneur individuel, ses créanciers personnels sont préférés sur ses biens personnels à ses créanciers professionnels. Ces derniers sont préférés sur les biens professionnels de l'EI* ».

La proposition s'inspire du droit de préférence de l'article 878 du Code civil, conférant aux créanciers successoraux, s'ils en font la demande, le droit d'être préférés sur l'actif successoral aux créanciers personnels de l'héritier, et vice versa. Cependant, au lieu d'être soumis à la demande des créanciers, le droit de préférence proposé serait automatique pour éviter un trop grand formalisme.

Les problèmes de concurrence entre créanciers professionnels et personnels n'existent pas lorsque la séparation patrimoniale survit au décès de l'EI.

Section II : Le maintien exceptionnel d'une séparation des patrimoines

366. Persistance rare du fractionnement patrimonial. - Selon l'alinéa 8 de l'article L. 526-22 du Code de commerce, l'interpénétration des patrimoines au décès de l'EI joue « *sous réserve des articles L. 631-3 et L. 640-3 du présent Code* ». Ces articles portent sur l'ouverture *post mortem* d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Dans ces deux situations, le temps de la procédure collective, la scission des patrimoines persiste (§1). L'alinéa 8 n'envisage pas d'autres exceptions, notamment dans l'hypothèse où un héritier souhaite continuer l'activité du défunt (§2).

§1- L'exception prévue en droit des entreprises en difficulté

367. *Modus operandi.* - Après avoir défini dans quels cas s'applique l'exception prévue à l'article L. 526-22 alinéa 8 du Code de commerce (A), il faudra tirer les conséquences de cette persistance de la dualité patrimoniale (B).

A) Le domaine de l'exception

368. Étendue incertaine de l'exception. - De prime abord, l'article L. 526-22, alinéa 8, du Code de commerce ne laisse pas place au débat sur le champ d'application de l'exception à la réunion des patrimoines au défunt. La séparation patrimoniale n'est maintenue qu'en cas d'ouverture *post mortem* d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire (1). Cependant, il faut s'interroger sur l'extension de l'exception au cas de l'EI décédant en cours de procédure collective déjà ouverte (2).

1) L'ouverture *post mortem* d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire

369. Hypothèses visées. - Les articles L. 631-3 et L. 640-3 du Code de commerce, auquel renvoie l'alinéa 8 de l'article L. 526-22, autorisent l'ouverture d'une procédure de redressement ou liquidation judiciaire à l'égard d'un débiteur décédé en cessation des paiements. La cessation des paiements doit être préexistante au décès³⁸⁸. Les héritiers, un de ses créanciers, ou le ministère public, peuvent demander, si les conditions sont réunies, que l'une de ces procédures soit ouverte au décès de l'EI. Les héritiers ont tout intérêt à agir de la sorte pour que la séparation des patrimoines persiste³⁸⁹.

370. Exclusion de la sauvegarde. - L'ouverture d'une procédure de sauvegarde *post mortem* est impossible. En effet, seul le débiteur peut demander son ouverture, ce qui suppose qu'il soit encore vivant. De plus, la sauvegarde implique que le débiteur ne soit pas en cessation des paiements. Or l'ouverture d'une procédure collective *post mortem* nécessite qu'il y ait cessation des paiements.

2) Le décès de l'entrepreneur individuel en cours de procédure collective

371. Hypothèse visée. - Le renvoi aux seuls articles L. 631-3 et L. 640-3 du Code de commerce semble indiquer que la scission patrimoniale persistera uniquement en cas d'ouverture *post mortem* d'une procédure collective. Cependant, la logique commande d'étendre l'exception à un cas voisin : celui où l'EI fait l'objet d'une procédure collective au

³⁸⁸ Cass. com. 13 novembre 2001, RJDA mars 2002, n° 273.

³⁸⁹ Voir *infra* n° 378.

cours de laquelle il décède³⁹⁰, étant précisé que cette procédure porte sur le seul patrimoine professionnel³⁹¹.

372. Problèmes de la réunion des patrimoines de l'EI décédant en cours de procédure collective. - Si l'exception ne s'appliquait pas dans cette hypothèse, le déroulement et l'issue de la procédure collective en seraient bouleversés. La réunion des patrimoines au décès entraînerait l'extension de la procédure collective au patrimoine personnel de l'EI. Les biens et les créanciers personnels seraient concernés par la procédure collective, alors qu'avant le décès ils ne l'étaient pas. Les créanciers personnels devraient déclarer leurs créances pour être payés. Si le délai de déclaration est écoulé, ils devraient obtenir un relevé de forclusion. Ces nouvelles déclarations obligerait à dresser un nouvel état complet du passif, chose compliquée si le juge-commissaire a déjà rendu sa décision sur ce point. De plus, un nouvel inventaire des biens du débiteur devrait être dressé pour prendre en compte ses biens personnels. A l'issue de la procédure, l'ordre de paiement des créanciers se trouverait bouleversé, les créanciers personnels devant être inclus dans les répartitions. Les problèmes évoqués ne sont que des illustrations des nombreuses difficultés que causerait la réunion des patrimoines au décès de l'EI, objet d'une procédure collective ouverte de son vivant. Admettre le maintien de la dualité patrimoniale dans cette hypothèse assurerait la poursuite sans encombre de la procédure collective entamée.

373. Obstacle théorique à l'élargissement de l'exception. - Cependant, un obstacle se dresse contre la persistance de la scission patrimoniale à la situation de l'EI décédé en cours de procédure collective : l'adage « *les exceptions sont d'interprétation stricte* ». L'article L. 526-22, alinéa 8, du Code de commerce ne prévoyant pas le maintien de la division des patrimoines en cas d'EI mort au cours d'une procédure collective, étendre l'exception à cette hypothèse serait contraire à la maxime.

374. Argument en faveur de l'extension de l'exception. - Il est admis que l'adage « *les exceptions sont d'interprétation stricte* » puisse être écarté si « *la règle méconnaît les nécessités*

³⁹⁰ K. Lafaurie, Les conséquences juridiques du décès de l'entrepreneur individuel après la loi du 14 février 2022, *préc.*, n° 12, p. 17.

³⁹¹ On suppose ici que seules les conditions d'éligibilité à une procédure collective sont réunies et non celles d'ouverture d'une procédure de surendettement. En effet, si les conditions d'éligibilité des deux procédures étaient remplies, le tribunal compétent ouvrirait une seule procédure s'appliquant aux deux patrimoines.

pratiques »³⁹². En pareil cas, une interprétation large des exceptions est bienvenue. Dans l'hypothèse où une procédure collective est déjà ouverte du vivant de l'EI, « *les nécessités pratiques* » commandent que la séparation des patrimoines subsiste à son décès. Son maintien assure, en pratique, le bon déroulement de la procédure.

Pour étendre l'exception du maintien de la séparation patrimoniale à l'hypothèse d'une procédure collective ouverte du vivant du défunt, un raisonnement *a fortiori* a été avancé³⁹³. L'idée est que, si l'ouverture *post mortem* d'une procédure collective permet de conserver l'autonomie patrimoniale, alors il devrait en aller de même lorsque la procédure a débuté du vivant de l'EI.

B) Les conséquences du maintien de la séparation des patrimoines

375. Double incidence. - Le maintien de la scission patrimoniale a des conséquences sur l'option successorale (1) et le droit de gage des créanciers (2).

1) L'incidence sur l'option successorale

376. Controverse sur le maintien de l'indivisibilité de l'option successorale. - La doctrine est partagée sur les incidences, en termes d'option successorale, de la persistance de la dualité patrimoniale au décès de l'EI. La controverse porte sur le caractère indivisible de l'option successorale. L'option successorale reste-elle unique ou se dédouble-t-elle par mimétisme ?

377. Arguments en faveur de l'unicité de l'option successorale. - Monsieur Karl Lafaurie est favorable au maintien de l'unicité de l'option successorale³⁹⁴. Il déploie plusieurs arguments.

En premier lieu, l'article L. 526-22, alinéa 8, du Code de commerce, n'évoque pas l'option successorale. Ainsi, faute de texte postulant le contraire, il faudrait en revenir au droit

³⁹² F. Terré, Introduction générale au droit, Précis Dalloz, 10^e éd. 2015, n° 28, p. 26.

³⁹³ K. Lafaurie, Les conséquences juridiques du décès de l'entrepreneur individuel après la loi du 14 février 2022, *préc.*, n° 12, p. 17.

³⁹⁴ K. Lafaurie, Memento Pratique Succession Libéralités, Francis Lefebvre, 2021, n° 84155 et s. ; K. Lafaurie, L'articulation du statut de l'entrepreneur individuel avec le droit des procédures collectives, *in* La réforme du statut de l'entrepreneur individuel, *préc.* ; K. Lafaurie, Les conséquences juridiques du décès de l'entrepreneur individuel après la loi du 14 février 2022, *préc.*, n° 17, p. 18.

commun, c'est-à-dire à l'article 769, alinéa 1, du Code civil, selon lequel « *l'option est indivisible* ».

En deuxième lieu, le droit français des successions repose sur la théorie de continuation de la personne du défunt³⁹⁵. La personne du défunt est toujours unique, même lorsqu'il était doté de plusieurs patrimoines. Par conséquent, le respect de cette théorie commande que l'option successorale soit unique elle aussi. La persistance de la séparation patrimoniale serait ainsi indifférente : l'EI étant une personne unique, l'unicité de l'option successorale s'impose.

En troisième et dernier lieu, le but de la réforme du statut de l'EI est de protéger celui-ci contre ses créanciers, comme le rappelle le chapitre VI « *De la protection de l'entrepreneur individuel* » dans lequel figure l'article L. 526-22 du Code de commerce. Cet objectif perd sa raison d'être au décès de l'EI car il n'y a plus de débiteur à protéger. La loi du 14 février 2022 ne tend pas à la protection des héritiers de l'EI. Dès lors, la division de l'option successorale ne se justifie pas. Quant à la procédure collective *post mortem*, elle n'a pas pour but de permettre aux héritiers d'échapper aux dettes professionnelles du *de cuius* tout en se voyant transmettre son patrimoine personnel au solde positif. La procédure collective *post mortem* ambitionne de sauver l'entreprise lorsqu'une continuation est envisageable. En somme, rien ne milite en faveur d'une double option.

378. Arguments en faveur d'une double option successorale. - Quoique cette démonstration soit séduisante, plusieurs arguments semblent indiquer que le maintien de la séparation patrimoniale aboutit à une double option successorale : une pour le patrimoine professionnel et l'autre pour le patrimoine personnel.

D'abord, selon Monsieur Jean-René Binet, le caractère indivisible de l'option successorale repose sur le principe d'unicité du patrimoine³⁹⁶. C'est parce qu'une personne a un seul patrimoine que ses héritiers jouissent d'une seule option successorale chacun. Le fondement de l'indivisibilité de l'option successorale peut se résumer par la formule : un patrimoine, une option. Si l'indivisibilité de l'option successorale tient à l'unicité du patrimoine, par une analyse *a contrario*, en présence d'une dualité patrimoniale, il devrait y avoir une double option : une pour chaque patrimoine. Si la séparation patrimoniale est maintenue au décès de l'EI, ses héritiers ont vocation à hériter de deux patrimoines. Ils

³⁹⁵ F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, Les successions. Les libéralités, 4^{ème} éd. Paris, Dalloz, 2014, n° 785 et 904 ; P.-J. Claux, La continuation de la personne par l'héritier, thèse Paris, 1969 ; G. Wicker, La notion de patrimoine, *préc.*, n° 2, p. 4.

³⁹⁶ J.-R. Binet, Droit commun à toutes les branches de l'option successorale, in Lamy droit des régimes matrimoniaux, des successions et des libéralités, n° 218-81.

bénéficient alors d'une option pour chaque patrimoine. Par exemple, un héritier peut accepter purement et simplement le patrimoine personnel, et à concurrence de l'actif net le patrimoine professionnel.

Ensuite, les travaux parlementaires vont dans le sens d'une double option. Pour le comprendre, il faut en revenir à l'origine de l'exception à la réunion des patrimoines liée au décès de l'EI. Cette exception n'avait pas été envisagée au départ. Elle est issue d'un amendement³⁹⁷ déposé par certains députés, inquiets des conséquences de la réunion patrimoniale dans l'hypothèse d'une procédure collective *post mortem*. Ces parlementaires craignaient que la formation d'un patrimoine successoral unique au décès de l'EI en difficulté conduise « *un nombre important d'héritiers à devoir renoncer à l'ensemble de la succession, y compris [au] patrimoine personnel* ». L'objectif est donc d'éviter les renonciations à l'ensemble de la succession en cas d'ouverture collective *post mortem*. Autrement dit, le but est de permettre aux héritiers de l'EI en difficulté d'accepter son patrimoine personnel tout en renonçant à son patrimoine professionnel. Pour les auteurs de l'amendement, assurer la persistance de la scission patrimoniale au décès de l'EI en difficulté permet d'atteindre cet objectif. Dès lors, il faut en déduire que la séparation patrimoniale a pour corollaire une double option successorale. Une pluralité patrimoniale non assortie d'une double option tiendrait en échec l'objectif recherché : de nombreux héritiers d'EI en difficulté renonceraient toujours à l'intégralité de la succession, ce qui irait à l'encontre de l'intention du législateur.

Monsieur Guillaume Drouot se prononce aussi en faveur d'une double option³⁹⁸. Pour cela, il rapproche la situation étudiée de celle survenant en cas d'ouverture simultanée d'une succession anormale et d'une succession ordinaire. La comparaison est hardie car une succession anormale déroge aux règles de dévolutions légales (classement par ordre et par degré). Au contraire, la dualité de patrimoines n'aboutit pas au rejet des règles de dévolution légale.

Si l'EI est mort en cessation des paiements, ses héritiers ont donc intérêt à demander l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation pour jouir d'une double option. L'existence de cette double option leur permet de mieux se protéger et de limiter les risques de saisie de leurs biens personnels par les créanciers successoraux. Encore faut-il qu'ils choisissent la branche la plus adaptée à chaque patrimoine, en fonction de la situation. Le droit de gage des créanciers va, en effet, dépendre de la branche de l'option choisie pour chaque patrimoine.

³⁹⁷ Amendement n° 129 (adopté), déposé par Monsieur Jean-Paul Mattei et autres.

³⁹⁸ G. Drouot, De l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée à l'entrepreneur individuel tout court, *préc.*, p. 51.

Le débat n'est pas clos. Ce sera à la loi de le trancher ou à la jurisprudence de prendre position. En l'attente d'une réponse sur ce point, il faut considérer que les héritiers bénéficient d'une option par patrimoine, en cohérence avec la survie de la séparation patrimoniale au décès de l'EI.

2) L'incidence sur le droit de gage des créanciers

379. Droit de gage tributaire de l'option exercée. - Si la séparation des patrimoines survit au décès de l'EI, il en va de même du droit de gage défini à l'article L. 526-22 du Code de commerce. Les créanciers professionnels restent cantonnés à la saisie des actifs du seul patrimoine professionnel. Les créanciers personnels peuvent jeter leur dévolu sur les biens du patrimoine personnel uniquement. Cependant, l'option exercée par les héritiers du défunt sur chaque patrimoine peut entraîner une modification de l'assiette du droit de gage de chaque créancier.

a) En cas d'acceptation pure et simple

380. Présentation de l'acceptation pure et simple. - La première branche de l'option successorale est l'acceptation pure et simple. L'héritier qui la choisit assume son rôle de continuateur plein et entier de la personne du *de cuius*. Il endosse toutes les conséquences, à savoir la transmission de l'actif successoral mais aussi du passif dont il est alors tenu *ultra vires successionis*. Cette obligation indéfinie aux dettes et charges de la succession de l'article 785 du Code civil permet aux créanciers successoraux d'élargir leur droit de gage aux biens du patrimoine de l'héritier acceptant purement et simplement.

381. Débat sur l'effet *ultra* ou *intra vires* de l'acceptation pure et simple. - Quelle est l'incidence du maintien de la dualité patrimoniale sur les effets de l'acceptation pure et simple ? Les avis des auteurs ne sont pas unanimes. Le débat porte sur l'étendue de l'obligation aux dettes. L'acceptant pur et simple est-il tenu *ultra vires*, c'est-à-dire au-delà des forces de la succession, sur son propre patrimoine ? Au contraire, son obligation est-elle *intra vires*, limitée à l'actif successoral ? Répondre à ces questions nécessite de distinguer suivant que l'acceptation pure et simple a pour objet le patrimoine personnel (α) ou le patrimoine professionnel (β).

α- En cas d'acceptation pure et simple du patrimoine personnel

382. Étendue de l'obligation aux dettes. - Lorsque la scission patrimoniale se poursuit au décès de l'EI et que l'un de ses héritiers accepte purement et simplement la succession du patrimoine personnel, est-il tenu *ultra vires* des dettes personnelles du défunt ?

383. Solution dictée par le droit commun. - De prime abord, la réponse semble positive, l'obligation *ultra vires* étant un effet de l'acceptation pure et simple. Les créanciers personnels du défunt pourraient alors saisir, outre les biens du patrimoine personnel de l'EI, ceux du patrimoine de son successible acceptant pur et simple.

384. Arguments en faveur de l'obligation *intra vires*. - Cependant, certains auteurs estiment que l'acceptant pur et simple est tenu *intra vires*, c'est-à-dire dans la limite des biens successoraux personnels³⁹⁹. L'idée est la suivante. Elle repose sur l'alinéa 6 de l'article L. 526-22 du Code de commerce, selon lequel « *seul le patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel* » constitue le droit de gage de ses créanciers. La règle de l'alinéa 6 continue de s'appliquer au décès de l'EI en raison du maintien de la séparation patrimoniale. Si l'on s'en tient à une application littérale du texte, les créanciers personnels ne pourraient saisir que les actifs personnels de l'EI, et pas d'autres biens. La règle de l'alinéa 6 primerait sur l'obligation *ultra vires* de l'article 785 du Code civil, par application de l'adage « *specialia generalibus derogant* ».

385. Arguments contre l'obligation *intra vires*. - Un premier reproche peut être adressé à l'argumentation. L'alinéa 6 de l'article L. 526-22 du Code de commerce est avant tout conçu pour régir la situation de l'EI vivant. Il est compréhensible que cet alinéa ne traite pas du droit de gage des créanciers personnels au décès de l'EI : cela aurait alourdi et obscurci le texte. L'intention du législateur était de régler parfaitement la situation de l'EI vivant. Ce n'est pas parce que le législateur s'est abstenu, à l'alinéa 6, de préciser si les biens de l'acceptant pur et simple intégraient l'assiette du droit de gage des créanciers personnels au décès de l'EI, qu'ils sont pour autant insaisissables.

³⁹⁹ G. Drouot, De l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée à l'entrepreneur individuel tout court, *préc.*, p. 51 ; A.-M. Leroyer et J.-F. Pillebout, EIRL et droit des régimes matrimoniaux et des successions, in L'EIRL, l'entrepreneur à responsabilité limitée, *préc.*, n° 307, p. 125.

Il existe une autre raison de douter du caractère *intra vires* de l'obligation au passif en cas d'acceptation pure et simple de la succession du patrimoine personnel. Elle apparaît en se livrant à une comparaison avec les effets produits par l'acceptation à concurrence de l'actif net. L'héritier acceptant à concurrence de l'actif net ne répond du passif qu'*intra vires*. Si l'héritier est aussi tenu *intra vires* lorsqu'il accepte purement et simplement la succession du patrimoine personnel, à quoi bon opter pour l'acceptation à concurrence de l'actif net ? L'acceptation à concurrence de l'actif net ne présente aucun intérêt puisqu'elle produit les mêmes effets que l'acceptation pure et simple, mais avec un formalisme plus lourd. Retenir une obligation *intra vires* en cas d'acceptation pure et simple, c'est priver d'utilité l'un des trois termes de l'option.

Donc, malgré les arguments en faveur d'une obligation *intra vires*, il semble préférable de considérer que l'acceptation pure simple du patrimoine personnel donne naissance à une obligation indéfinie aux dettes et charges successorales. Qu'en est-il lorsque l'acceptation pure et simple porte sur le patrimoine professionnel de l'EI ?

β- En cas d'acceptation pure et simple du patrimoine professionnel

386. Étendue de l'obligation aux dettes. - La même question se pose dans l'hypothèse où l'héritier de l'EI a accepté purement et simplement le patrimoine professionnel. La réponse n'est pas évidente. Doivent en effet être combinés statut de l'EI, droit des successions, mais aussi droit des entreprises en difficulté, puisqu'une procédure collective est en cours sur le patrimoine professionnel. Plusieurs analyses peuvent être défendues.

387. Arguments en faveur d'une obligation *intra vires*. - Certains auteurs se prononcent en faveur d'une obligation *intra vires*⁴⁰⁰. Ils se fondent sur l'alinéa 4 de l'article L. 526-22 du Code de commerce, aux termes duquel les créanciers professionnels de l'EI ont pour droit de gage « *son seul patrimoine professionnel* ». L'alinéa 4 jouant toujours au décès de l'EI dès lors que la scission patrimoniale persiste, ses créanciers professionnels, si l'on se fie à la lettre du texte, ne peuvent pas appréhender d'autres biens que ses actifs professionnels. La loi spéciale dérogeant à la loi générale, l'alinéa 4 l'emporte sur le principe d'obligation *ultra vires*.

Les contre-arguments précédemment évoqués peuvent être repris⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ *Ibid.*

⁴⁰¹ Voir *supra* n° 385.

388. Étendue de l'obligation aux dettes dépendant des dates du décès et d'ouverture de la procédure collective. - Madame Corinne Saint-Alary-Houin, lorsqu'elle articule procédures collectives et droit des successions, propose de distinguer deux situations, à partir d'un critère chronologique⁴⁰². Elle retient l'obligation *ultra vires* lorsque le décès du débiteur est intervenu avant l'ouverture de la procédure. Le droit des successions doit l'emporter car il a régi la situation en premier, avant même l'ouverture de la procédure. Au contraire, lorsque le débiteur est mort en cours de procédure collective, le droit des entreprises en difficulté prime sur le droit des successions, et l'obligation est *intra vires*. En effet, dans ce cas, le droit des procédures collectives a gouverné la situation en premier. Certes, l'auteure s'est uniquement prononcée sur l'articulation entre le droit des successions et celui des entreprises en difficulté, sans lier le tout avec le statut de l'EI. Cependant, sa vision semble pouvoir s'appliquer aussi au cas de l'EI en procédure collective.

389. Intervention légale nécessaire. - Le silence du législateur sur l'étendue de l'obligation aux dettes en cas d'acceptation pure et simple portant sur le patrimoine professionnel ou sur le patrimoine personnel est problématique. Chacune des thèses développées en faveur de l'obligation *ultra vires* ou *intra vires* est défendable. Dans ces conditions, il serait bon que les parlementaires interviennent pour préciser si l'article 785 du Code civil s'applique, ce qui mettrait fin aux controverses.

b) En cas d'acceptation à concurrence de l'actif net

390. Faculté d'accepter à concurrence de l'actif net. - C'est la deuxième branche de l'option successorale. Un lourd formalisme doit être respecté par l'héritier, nécessitant déclaration expresse et inventaire. L'avantage pour l'héritier est qu'il conservera tous ses droits sur la succession, sans pour autant être tenu du passif au-delà de l'actif successoral. L'obligation aux dettes est *intra vires successionis*, c'est-à-dire limitée aux biens successoraux. Les créanciers successoraux doivent déclarer leurs créances. L'article 796 du Code civil fixe l'ordre des paiements. Les créanciers privilégiés sont payés en premier selon le rang de leurs sûretés. Puis, c'est au tour des chirographaires classés au prix de la course, dans l'ordre de déclaration de leurs créances.

⁴⁰² C. Saint-Alary-Houin, Décès du débiteur et procédures collectives, Rev. proc. coll. 2013, dossier 9, p. 82.

391. Acceptation à concurrence de l'actif net du patrimoine personnel. - Lorsqu'un héritier de l'EI accepte, à concurrence de l'actif net, le patrimoine personnel, il n'est tenu qu'*intra vires*⁴⁰³. Le droit de gage des créanciers successoraux personnels se limite aux biens du patrimoine personnel de l'EI ; ils n'ont aucun droit à faire valoir sur le patrimoine professionnel. Les biens du patrimoine de l'héritier acceptant à concurrence de l'actif net sont aussi hors d'atteinte. L'ordre de paiement des créanciers personnels respecte le classement défini par l'article 796 du Code civil. En définitive, les règles classiques de l'acceptation à concurrence de l'actif net ne sont pas impactées dans cette hypothèse. Qu'en est-il lorsque cette branche de l'option est exercée à l'égard du patrimoine professionnel de l'EI ?

392. Acceptation à concurrence de l'actif net du patrimoine professionnel. - Celui qui accepte d'hériter du patrimoine professionnel à concurrence de l'actif net est tenu du règlement des dettes professionnelles de l'EI dans les limites de l'actif successoral professionnel⁴⁰⁴. Les créanciers successoraux professionnels ne peuvent pas convoiter les biens personnels de l'EI, ni ceux de son héritier. La procédure collective en cours sur le patrimoine professionnel poussera sans doute les successibles à accepter l'héritage du patrimoine professionnel à concurrence de l'actif net. Reste à savoir dans quel ordre ils seront classés pour le remboursement de leurs créances : celui établi par l'article 796 du Code civil ou celui du droit des entreprises en difficulté ? Répondre à cette interrogation est nécessaire car le classement est différent dans les deux cas⁴⁰⁵. Les auteurs se prononcent de manière unanime sur la primauté du droit des entreprises en difficulté, au motif que « *la règle la plus stricte l'emporte sur l'autre* »⁴⁰⁶, ou encore en s'appuyant sur l'adage « *specialia generalibus derogant* »⁴⁰⁷.

c) En cas de renonciation

393. Présentation de la renonciation. - Le dernier terme de l'option successorale est la renonciation. Le renonçant abdique ses droits à la succession : il est censé n'avoir jamais eu la

⁴⁰³ G. Drouot, De l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée à l'entrepreneur individuel tout court, *préc.*, p. 52.

⁴⁰⁴ *Ibid.*

⁴⁰⁵ La différence est particulièrement sensible pour les chirographaires : le paiement est au prix de la course à la lecture de l'article 796 du Code civil, alors qu'il est au marc le franc selon l'article L. 643-8, I, 15° du Code de commerce.

⁴⁰⁶ L.-C. Henry, Successions et droit des entreprises en difficulté, *in* Entreprises en difficulté, sous la direction de Ph. Roussel-Galle, Lexisnexis 2012, coll. Droit 360°, n° 580.

⁴⁰⁷ K. Lafaurie, Memento Pratique Succession Libéralités, Francis Lefebvre, 2021, n° 84415.

qualité d'héritier. Par conséquent, mis à part les frais funéraires du défunt, le renonçant n'est pas tenu de régler les dettes et charges de la succession, selon l'article 806 du Code civil.

394. Application à la succession de l'EI. - La renonciation à succéder au patrimoine personnel ou professionnel de l'EI n'emporte pas de conséquences particulières par rapport au droit commun. Il suffit de mentionner que la renonciation au patrimoine professionnel est à privilégier compte tenu de la procédure collective.

395. Conclusion. - L'existence d'une double option en présence d'une procédure collective sur le patrimoine professionnel de l'EI décédé permettra aux héritiers d'accepter à concurrence de l'actif net, voire de renoncer à succéder à ce patrimoine tout en acceptant purement et simplement leur part sur le patrimoine personnel. L'exceptionnel maintien de la séparation patrimoniale en cas d'ouverture *post mortem* d'un redressement ou d'une liquidation judiciaires s'explique donc par la volonté de protéger les héritiers de l'EI, notamment contre les créanciers professionnels. L'exception s'inscrit dans la continuité de l'objectif du législateur lorsqu'il a instauré le nouveau statut de l'EI : protéger l'EI et sa famille contre les risques de la vie des affaires. Le législateur aurait dû poursuivre un second objectif : assurer la transmission de l'universalité que constitue le patrimoine professionnel aux héritiers désirant reprendre l'activité professionnelle de l'EI.

§2- L'absence d'exception tenant à la poursuite *post mortem* de l'activité par un héritier

396. De l'EI à l'EIRL. - Sous la loi du 14 février 2022, le maintien de la séparation patrimoniale se limite à l'ouverture *post mortem* d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. La survie du patrimoine professionnel en présence d'un héritier désirant reprendre l'activité du *de cuius* n'est pas prévue⁴⁰⁸. Cette exception existait pour l'EIRL (A), et l'absence de transposition à l'EI est malheureuse (B).

⁴⁰⁸ S. Deville, Nouveau statut de l'entrepreneur individuel et régime matrimonial légal : une fausse bonne idée, *préc.*, p. 44.

A) Une exception admise sous la loi du 15 juin 2010

397. Description du mécanisme. - La loi du 15 juin 2010 relative à l'EIRL avait créé un article L. 526-16 du Code de commerce. Celui-ci a été abrogé par la loi du 14 février 2022 dans l'objectif de mettre en extinction le statut de l'EIRL.

Cet article prévoyait la survie du patrimoine affecté de l'EIRL après son décès, lorsque l'un de ses héritiers manifestait son intention de poursuivre l'activité professionnelle et en faisait mention dans les trois mois au registre dont relève l'EIRL.

Sa reprise effective ne s'opérant qu'après le partage de la succession, le patrimoine affecté était, dans l'intervalle, soumis aux règles de l'indivision des articles 815 et suivants du Code civil. Pour assurer une bonne gestion du patrimoine professionnel durant cette période intermédiaire, les auteurs privilégiaient le recours au mandat général d'administration de l'article 815-3, 2° du Code civil, au profit de l'héritier repreneur⁴⁰⁹. En effet, cela évitait que l'accomplissement de chaque acte d'administration sur le patrimoine affecté nécessite l'accord des deux tiers des coïndivisaires.

Au moment du partage, le patrimoine professionnel était remis à l'héritier ayant manifesté son intention de reprise de l'activité. Monsieur Raymond Le Guidec y voyait « *une variété nouvelle d'attribution préférentielle* »⁴¹⁰. La dévolution successorale devant être respectée, le repreneur devait verser une soulte à ses cohéritiers si la valeur du patrimoine affecté dépassait sa part de la succession. A l'inverse, il obtenait un complément si la valeur du patrimoine affecté était inférieure à sa part successorale.

398. Limites du mécanisme. - Des auteurs ont mis en exergue certaines imperfections du mécanisme prévu par l'article L. 526-16 du Code de commerce. Deux principaux défauts ressortent.

D'une part, le texte indiquait que l'héritier souhaitant reprendre l'activité professionnelle de l'EIRL devait le déclarer dans les trois mois suivants le décès au plus tard. Ce délai de trois mois a été critiqué, car il s'articulait mal avec celui de quatre mois à l'issue duquel un héritier peut être contraint d'exercer l'option successorale. Manifester son intention de reprendre

⁴⁰⁹ M.-H. Monsérié-Bon et M. Nicod, Le décès de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, *in* Mélanges en l'honneur de Patrick Serlooten, Dalloz 2015, n° 27, p. 252. ; A.-M. Leroyer et J.-F. Pillebout, EIRL et droit des régimes matrimoniaux et des successions, *in* L'EIRL, l'entrepreneur à responsabilité limitée, *préc.*, n° 316, p. 127.

⁴¹⁰ R. Le Guidec, Le patrimoine affecté de l'EIRL et le droit des successions, *préc.*, n° 10, p. 599.

l'activité était analysé comme une acceptation tacite de la succession⁴¹¹. L'héritier désireux de poursuivre l'activité de l'EIRL devant le faire savoir dans les trois mois, il avait moins de temps que les autres pour exercer l'option successorale. L'article L. 526-16 du Code de commerce a donc été vu comme privant le repreneur d'un mois de réflexion sur les quatre dont il bénéficie⁴¹².

D'autre part, l'article L. 526-16 ne résolvait pas la situation où plusieurs héritiers manifestaient la volonté de continuer l'activité professionnelle de l'EIRL.

B) Une exception abandonnée sous la loi du 14 février 2022

399. Absence notable de l'exception dans le statut de l'EI. - La loi du 14 février 2022 n'a pas prévu d'équivalent à l'article L. 526-16 du Code de commerce à propos du nouveau statut de l'EI. L'absence d'exception à la réunion des patrimoines dans l'hypothèse où un héritier désire poursuivre l'activité de l'EI est critiquable (1). Il conviendrait de porter remède à cette situation (2).

1) Critiques

400. Exposé du problème. - L'absence de reprise de l'exception en présence d'un héritier de l'EI voulant continuer l'activité est regrettable. Certes, le mécanisme de l'article L. 526-16 du Code de commerce avait ses défauts⁴¹³, mais il permettait au moins la survie du patrimoine professionnel au décès lorsque l'un des héritiers souhaitait poursuivre l'activité. Aujourd'hui, hors ouverture d'une procédure collective, le patrimoine professionnel disparaît au décès de l'EI pour se confondre avec le patrimoine personnel, empêchant ainsi sa transmission à cause de mort en tant qu'universalité⁴¹⁴. L'héritier désireux de continuer l'activité de l'EI ne pourra pas disposer du patrimoine professionnel, celui-ci n'existant plus. Rien ne justifie de priver cet héritier du transfert universel du patrimoine professionnel. Pire,

⁴¹¹ M-H. Monsérié-Bon et M. Nicod, Le décès de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, *in* Mélanges en l'honneur de Patrick Serlooten, *préc.*, n° 24, p. 251 ; F. Sauvage, l'EIRL familiale, *préc.*, p. 11.

⁴¹²V. Legrand et J. de Faultrier, *Entreprise individuelle*, *préc.* n° 124.24, p. 323 ; R. Le Guidec, Le patrimoine affecté de l'EIRL et le droit des successions, *préc.*, n° 10, p. 599.

⁴¹³ Voir *supra* n° 398.

⁴¹⁴ K. Lafaurie, Les conséquences juridiques du décès de l'entrepreneur individuel après la loi du 14 février 2022, *préc.*, n° 9 ; H. Leyrat et B. Brignon, La nouvelle transmission universelle du patrimoine professionnel à titre gratuit, *préc.*, p. 27 ; I. Sérandour, La transmission à titre gratuit du patrimoine professionnel, *préc.*, p. 271.

refuser le maintien du patrimoine professionnel pénalise l'héritier, car il aura plus de mal à poursuivre l'activité de l'EI⁴¹⁵.

2) Solutions concevables

401. Légiférer encore ou utiliser les textes disponibles. - Une première réponse consisterait à légiférer de nouveau pour enrichir le texte d'une seconde exception à la réunion des patrimoines : le cas où un héritier veut reprendre l'activité de l'EI (a). Cependant, toucher aux textes n'est peut-être pas indispensable car l'exploration du droit positif montre l'existence d'alternatives (b).

a) L'ajout possible par le législateur d'un second cas de maintien de la séparation patrimoniale au décès

402. Reprise améliorée de l'exception de l'article L. 526-16 du Code de commerce.
- Le législateur devrait ajouter, à l'alinéa 8 de l'article L. 526-22 du Code de commerce, que la séparation des patrimoines persiste aussi si un héritier manifeste son intention de reprendre l'activité. Quitte à opérer cet ajout, il serait bon de ne pas reproduire les défauts qu'a connus le mécanisme sous l'EIRL. Ainsi, les parlementaires pourraient laisser aux héritiers un délai de quatre mois, et non d'un trimestre, pour manifester leur intention de poursuivre l'activité de l'EI. Le législateur pourrait aussi en profiter pour régler la situation où plusieurs successibles veulent reprendre l'activité.

403. Proposition de rédaction. - La rédaction pourrait être la suivante : « *Si un héritier de l'entrepreneur individuel manifeste, dans les quatre mois suivant le décès, son intention de poursuivre l'activité professionnelle du défunt, la séparation patrimoniale est exceptionnellement maintenue. Le patrimoine professionnel lui sera attribué au partage de la succession, sous réserve du respect des dispositions successorales. Si plusieurs héritiers ont manifesté leur intention de poursuivre l'activité, le patrimoine professionnel sera transmis à celui d'entre eux participant depuis le plus longtemps à l'entreprise individuelle. En attendant*

⁴¹⁵ N. Jullian, *Projet de loi en faveur de l'activité professionnelle indépendante – Vers une généralisation des apports de patrimoine à titre universel ?*, *op. cit.* ; R. Mortier, *Le nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel*, *préc.*, p. 9, n° 12.

le partage, la gestion du patrimoine professionnel est soumise aux articles 815 et suivants du Code civil ».

b) Les solutions alternatives dispensant le législateur d'intervenir

404. Solutions de lege lata. - Faute d'intervention législative, les ressources du droit positif peuvent faciliter la continuation de l'activité professionnelle de l'EI après sa mort. D'une part, le mécanisme de l'attribution préférentielle de l'article 831 du Code civil permet que l'entreprise individuelle soit transmise à l'héritier souhaitant poursuivre l'activité (α). D'autre part, lorsque l'EI sait qu'un de ses héritiers entend poursuivre l'activité, il peut lui transmettre son patrimoine professionnel par donation (β).

α - L'attribution préférentielle de l'entreprise individuelle

405. Incidence de la transmission de l'entreprise individuelle à un héritier désirant reprendre l'activité de l'EI. - L'entreprise individuelle est la principale composante du patrimoine professionnel de l'EI. L'héritier qui devient propriétaire de l'entreprise individuelle peut poursuivre l'activité de l'EI sans difficulté alors même qu'il n'hérite pas du patrimoine professionnel comme universalité. Grâce au transfert de l'entreprise, l'héritier exerce une activité professionnelle indépendante en son nom propre et devient EI, selon l'article L. 526-22 du Code de commerce. L'héritier EI est désormais titulaire de deux patrimoines. L'entreprise individuelle étant utile à l'activité professionnelle, elle intègre le patrimoine professionnel créé. L'héritier se retrouvera bel et bien à la tête d'un patrimoine professionnel, même s'il ne s'agit pas de celui du défunt⁴¹⁶. L'héritier se retrouve dans une situation proche de celle qui aurait résulté d'une transposition de l'article L. 526-16 du Code de commerce au cas des EI.

406. Conditions de l'attribution préférentielle. - Pour être sûr de devenir propriétaire de l'entreprise individuelle, l'héritier doit demander son attribution préférentielle. Plusieurs conditions doivent être respectées. D'abord, l'attributaire doit être un héritier venant au partage, ayant une vocation universelle ou à titre universel dans la succession, et des droits en pleine ou en nue-propiété. Ensuite, l'attributaire, son conjoint ou ses descendants doivent participer ou

⁴¹⁶ K. Lafaurie, Les conséquences juridiques du décès de l'entrepreneur individuel après la loi du 14 février 2022, *préc.*, n° 10.

avoir participé effectivement à l'exploitation de l'entreprise individuelle. Enfin, l'attribution préférentielle étant supplétive de volonté, il ne faut pas que l'EI l'ait écartée en excluant l'entreprise individuelle de la masse à partager par le biais d'une libéralité sur ce bien ou d'une clause de préciput dans un contrat de mariage.

β- La donation universelle du patrimoine professionnel

407. Exposé de la solution. - Dès le projet de loi sur le nouveau statut de l'EI, Madame Nadège Jullian critiquait le fait que le transfert à cause de mort du patrimoine professionnel soit impossible⁴¹⁷. Elle recommandait aux parlementaires de corriger cette erreur. Prévoyant l'éventualité que le législateur n'écoute pas ses préconisations, la juriste expliquait qu'en pareil hypothèse la solution serait la vigilance et l'anticipation de l'EI. Ne pouvant agir à sa mort pour sauver son patrimoine professionnel de la disparition⁴¹⁸, l'EI doit intervenir en amont, de son vivant, en transmettant, par le biais d'une donation, son patrimoine professionnel à la personne qui désirerait continuer l'activité⁴¹⁹.

408. Inconvénients de la solution. - Cet expédient permet d'aboutir à l'objectif voulu : transmettre le patrimoine professionnel à celui souhaitant poursuivre l'activité au décès de l'EI. La solution est cependant loin d'être parfaite, comme le reconnaît Madame Nadège Jullian.

D'abord, l'EI n'est pas forcément un juriste. Il peut en conséquence ne pas savoir, qu'à son décès, ses patrimoines seront réunis et donc intransmissibles comme universalité. Il est difficile d'être prévoyant quand on ignore les dangers qui nous guettent.

Ensuite, si l'EI donne, de son vivant, son patrimoine professionnel, il n'exercera plus en son nom propre l'activité. Or tout en désirant que son patrimoine professionnel lui survive, il peut vouloir le conserver jusqu'à sa mort. Avec le système actuel, ces deux souhaits sont incompatibles, la donation de la nue-propriété du patrimoine professionnel avec réserve d'usufruit semblant impossible⁴²⁰.

⁴¹⁷ N. Jullian, Projet de loi en faveur de l'activité professionnelle indépendante – Vers une généralisation des apports de patrimoine à titre universel ?, *préc.*

⁴¹⁸ Le legs du patrimoine professionnel est impossible. Voir *infra* n° 348 et s. ; K. Lafaurie, Les conséquences juridiques du décès de l'entrepreneur individuel après la loi du 14 février 2022, *préc.*, n° 9.

⁴¹⁹I. Sérandour, La transmission à titre gratuit du patrimoine professionnel, *préc.*, p. 271.

⁴²⁰ Voir *supra* n° 288 et s. L'admission, par la réforme, d'une donation de la nue-propriété du patrimoine professionnel avec réserve d'usufruit aurait permis de résoudre la difficulté. En donnant la nue-propriété, l'EI aurait évité que son patrimoine professionnel soit réuni à son patrimoine personnel au moment de son décès. Puisqu'il aurait en même temps conservé l'usufruit (*usus* et *fructus*), l'EI aurait pu poursuivre son activité professionnelle en son nom malgré la donation.

Enfin, la donation du patrimoine professionnel pourra aboutir, lors du règlement de la succession, à des restitutions successorales. Le rapport et la réduction de la donation du patrimoine professionnel sont sources de difficultés.

Chapitre 2 : Les restitutions successorales consécutives à la donation intégrale du patrimoine professionnel

409. Définition du rapport et de la réduction. - Le Code civil a institué deux mécanismes de restitution successorale : le rapport et la réduction. Le rapport consiste à ajouter, à la masse successorale, les libéralités consenties en avancement de part successorale, afin de rétablir le cours normal de la dévolution entre les héritiers *ab intestat*. L'objectif du rapport est d'assurer l'égalité entre les héritiers légaux. La réduction permet, quant à elle, de reconstituer la réserve des héritiers réservataires si les libéralités consenties ont dépassé la quotité disponible. Son objectif est donc de protéger la réserve.

410. Exécution des restitutions successorales. - Lorsque le bénéficiaire d'une libéralité est tenu à son rapport ou à sa réduction, l'exécution se fera en principe en valeur, c'est-à-dire par le versement d'une indemnité⁴²¹. Sous certaines conditions, le rapport et la réduction pourront exceptionnellement s'exécuter en nature⁴²² ; le gratifié restituera alors le bien même qu'il a reçu, lequel intégrera la masse à partager. En contrepartie, aucune indemnité ne sera due.

411. Difficultés spécifiques en cas de rapport et/ou réduction de la donation du patrimoine professionnel de l'EI. - Si l'on compare les libéralités consenties par un individu lambda avec celles réalisées par un EI, seule la donation intégrale du patrimoine professionnel est une source particulière de difficultés en matière de restitutions successorales. La première difficulté consiste à évaluer le patrimoine professionnel qui a été donné (Section I). La seconde réside dans l'exécution en nature quand celle-ci intervient (Section II).

Section I : Les difficultés d'évaluation du patrimoine professionnel donné

412. Cas d'évaluation du bien reçu. - L'évaluation d'un bien reçu par libéralité sera nécessaire dans trois cas.

Le premier cas apparaît au moment de déterminer la masse de calcul de l'article 922 du Code civil. Lorsque des libéralités ont été consenties par le défunt, il faut vérifier si elles ont excédé la quotité disponible, et s'il y a donc lieu ou non à réduction. Pour cela, il faut au

⁴²¹ Article 858 du Code civil pour le rapport ; Article 924 du même Code pour la réduction.

⁴²² Article 859 du Code civil pour le rapport ; Article 924-1 du même Code pour la réduction.

préalable déterminer la masse de calcul de l'article 922 du Code civil. Cette masse de calcul comprend, notamment, la réunion fictive des libéralités (de toutes les donations). Le calcul de la réunion fictive des libéralités nécessite d'évaluer tous les biens donnés ou légués par le *de cuius*. Si le patrimoine professionnel a été donné par l'EI, il devra être évalué à ce moment-là. La valeur prise en compte sera celle du patrimoine professionnel au jour du décès, selon son état lors de la donation⁴²³.

Le deuxième cas surgit lorsque la donation du patrimoine professionnel empiète sur la réserve héréditaire et est alors soumise à réduction. La réduction se fera en principe en valeur. Pour déterminer le montant de l'indemnité de réduction, il sera nécessaire d'évaluer le patrimoine professionnel. Si la libéralité est entièrement réductible, l'indemnité sera égale à la valeur du patrimoine professionnel au moment du partage, d'après son état au jour de la donation⁴²⁴.

Le troisième cas survient lorsque la donation du patrimoine professionnel est rapportable en valeur. Pour connaître le montant de l'indemnité de rapport, il faudra évaluer le patrimoine professionnel. L'indemnité de rapport correspondra à la valeur du bien au jour du partage, d'après son état à l'époque de la donation⁴²⁵.

Malgré une différence sur le jour où la valeur du bien doit être appréciée⁴²⁶, la difficulté est identique dans les trois cas : déterminer la valeur du patrimoine professionnel à un jour J d'après son état lors de la donation. Après avoir exposé ce problème (§1), il conviendra de proposer des solutions pour le résoudre (§2).

§1- Exposé du problème

413. Incidences de la prise en compte de l'état du bien au jour de la donation. - Estimer la valeur d'un bien reçu à un jour X, d'après son état au moment de la libéralité, implique de ne pas tenir compte des plus ou moins-values imputables au gratifié⁴²⁷. En effet, ces améliorations ou dégradations n'auraient pas eu lieu si le disposant avait conservé le bien. Seules les plus ou moins-values fortuites, c'est-à-dire étrangères au bénéficiaire, doivent être

⁴²³ Article 922 du Code civil.

⁴²⁴ Article 924-2 du Code civil.

⁴²⁵ Article 860 du Code civil.

⁴²⁶ Valeur au jour du décès d'après son état lors de la donation dans le premier cas *versus* valeur au moment du partage d'après son état à l'époque de la libéralité pour les deux autres.

⁴²⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 31 mai 2005, Bull. civ. I, n° 362 ; RTD civ. 2005, p. 811, obs. M. Grimaldi.

retenues, car elles se seraient produites même si le disposant n'avait pas cédé à titre gratuit le bien.

414. Question de l'origine de la plus ou moins-value du patrimoine professionnel. - Appliquées à la donation du patrimoine professionnel, ces règles font ressortir une difficulté : comment savoir si la variation de valeur est l'œuvre du donataire ou de la conjoncture économique ? Autrement dit, comment déterminer si l'amélioration ou la dégradation du patrimoine professionnel est imputable au gratifié ou est fortuite ?

Répondre à cette question n'est pas aisé car le patrimoine professionnel abrite une activité économique. L'exercice d'une activité économique est soumis à deux variables. La première correspond aux aléas externes à la personne exerçant l'activité : jeu de l'offre et de la demande, crise ou élan économique, etc. La deuxième tient à la personne exerçant l'activité : qualité du travail, sens des affaires, biens qu'elle décide d'utiliser, etc. Ces composantes de la vie des affaires s'entremêlent et, bien souvent, l'augmentation ou la baisse de la valeur du patrimoine professionnel découle des deux à la fois. Il est difficile de déterminer quelle portion est imputable à l'un et laquelle a pour origine l'autre⁴²⁸. Messieurs Pierre Catala et Michel Grimaldi pointent la même difficulté concernant la donation de parts sociales, lorsque le donataire est devenu associé ou dirigeant de la société⁴²⁹. Le problème est le même pour la donation d'un fonds de commerce.

§2- Solutions proposées

415. Origine doctrinale. - Des solutions diverses peuvent être explorées. Des auteurs invitent à poser une présomption d'imputation de la plus-value au donataire (A). D'autres auteurs suggèrent de contourner le problème, c'est-à-dire faire en sorte que la recherche de la cause de la plus ou moins-value soit inutile (B).

A) Établir une présomption d'imputation des plus-values au donataire

416. Proposition de Monsieur Michel Grimaldi. - L'auteur a proposé, en matière de donation de parts sociales ou de fonds de commerce, d'instaurer une présomption d'imputation

⁴²⁸ I. Sérandour, La transmission à titre gratuit du patrimoine professionnel, *préc.*, p. 273.

⁴²⁹ P. Catala, L'état d'un bien exploité sous forme sociale, *in* Études offerte à René Rodière, Dalloz 1981, n° 7, p. 55 ; M. Grimaldi, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 2009, RTD civ. 2009, p. 762.

des plus-values au gratifié exploitant la société ou le fonds⁴³⁰. Une plus-value, lorsqu'elle résulte à la fois du hasard et du travail du gratifié, sans qu'il soit possible de déterminer dans quelle proportion elle est imputable à l'un et à l'autre, sera réputée être due au seul donataire. Cette proposition pourrait être reprise pour la donation du patrimoine professionnel, où se pose la même difficulté d'identification de la cause des plus ou moins-values.

417. Arguments en faveur de la présomption. - Monsieur Michel Grimaldi vante les mérites de cette présomption. En plus de résoudre les problèmes d'évaluation, elle inciterait au développement de l'activité professionnelle. En effet, le gratifié sera plus enclin à fournir des efforts pour fructifier l'entreprise en ayant la certitude, qu'au final, la plus-value générée ne sera pas prise en compte pour évaluer les indemnités de rapport et de réduction. Un individu sera plus motivé pour réaliser des plus-values s'il sait que celles-ci ne bénéficieront pas aux héritiers du défunt dans le cadre des restitutions successorales. La présomption apparaît alors comme une incitation au travail et à la rigueur. Elle invite au dynamisme.

418. Proposition d'un régime. - Monsieur Michel Grimaldi ébauche les bases du régime de la présomption qu'il propose. L'auteur se prononce en faveur d'une présomption simple. Établir une présomption irréfragable serait sans doute excessif. La présomption simple permet aux héritiers du donateur d'apporter la preuve que la plus-value a pour seule origine le hasard. Cependant, comment apporter la preuve contraire ? L'auteur ne le précise pas. Le caractère exclusivement fortuit de la plus-value pourrait être démontré par une expertise. Madame Nadège Jullian prône le recours systématique à l'expertise en la matière⁴³¹. Quoi qu'il en soit, si le législateur décide d'adopter cette présomption, il devra fixer des bornes claires.

419. Pertinence d'une présomption d'imputation des moins-values au donataire. - Dans sa proposition, Monsieur Michel Grimaldi n'envisage que l'hypothèse d'une plus-value. Que faut-il proposer face à une moins-value ? Faudrait-il mettre en place une présomption selon laquelle la moins-value sur le patrimoine professionnel est réputée due au seul gratifié ? Le contexte économique et sanitaire invite à écarter une telle présomption. Aujourd'hui en effet, la dépréciation du patrimoine professionnel a plus de probabilité de trouver son origine dans la récession économique et la crise du Covid-19 que dans la maladresse du gratifié. Dès lors, présumer que la perte de valeur du patrimoine professionnel est imputable au donataire est

⁴³⁰ M. Grimaldi, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 2009, *préc.*, p. 764.

⁴³¹ N. Jullian, thèse précitée, n° 260, p. 255.

contestable. Cependant, sans présomption, le problème d'identification de l'origine de la dégradation du patrimoine demeure. C'est sur ce point que la solution apportée par Monsieur Michel Grimaldi révèle ses limites car, inexploitable lorsqu'il y a une moins-value, elle ne répond que partiellement aux difficultés. Un moyen plus radical de surmonter les difficultés d'évaluation consiste à ne pas se préoccuper de l'origine de la variation du patrimoine.

B) Éviter la recherche de l'origine de la plus ou moins-value

420. Moyens de contournement de la difficulté. - Pourquoi chercher à tout prix à déterminer l'origine de la plus ou moins-value du patrimoine professionnel pour savoir si la prendre en compte dans l'évaluation ? Le problème peut parfois être contourné en privilégiant une autre méthode d'évaluation qui fait l'économie de cet examen (1). Faire en sorte que la donation du patrimoine professionnel ne puisse pas être rapportable ou réductible permettrait même d'éviter toute évaluation, et ferait disparaître la difficulté (2).

1) Utiliser une autre méthode d'évaluation

421. Méthode d'évaluation supplétive de volonté. - La méthode d'évaluation de l'indemnité de rapport de l'article 860 du Code civil est supplétive de volonté : il est possible d'y déroger, comme l'indique son alinéa 3.

Le donateur du patrimoine professionnel peut alors décider d'une méthode d'évaluation du patrimoine professionnel ne nécessitant pas de déterminer la cause des plus ou moins-values. Par exemple, le disposant peut prévoir le rapport d'une somme forfaitaire. Dans ce cas, l'évaluation du patrimoine professionnel est inutile, le donataire remettant à la succession la somme convenue, indépendamment de la survenance d'une plus ou moins-value. Le donateur peut aussi prévoir une indemnité de rapport égale à la valeur du patrimoine professionnel au jour de sa donation. L'évaluation de l'indemnité de rapport est alors simplifiée, les changements de valeur du patrimoine ultérieurs à la libéralité n'ayant pas à interférer. Le calcul de l'indemnité de rapport sera facile, grâce à l'état descriptif compris dans l'acte de donation⁴³². Pour trouver le montant de l'indemnité de rapport, il suffit de soustraire, à la valeur globale de l'actif professionnel mentionnée dans l'état descriptif, celle du passif professionnel.

⁴³² Article D. 526-30 II du Code de commerce.

Même si le donateur n'a pas écarté la méthode d'évaluation légale, les cohéritiers peuvent s'entendre pour déroger à l'article 860 du Code civil.

422. Limites de la proposition. - Recourir à une autre méthode d'évaluation n'est cependant pas toujours envisageable. Si l'article 860 du Code civil n'est pas d'ordre public, les articles 922 et 924-2 du Code civil sont impératifs. La réduction procède en effet de l'ordre public successoral, comme la réserve héréditaire. Dès lors, même s'il est possible d'échapper à la recherche de l'origine des plus ou moins-values pour le calcul de l'indemnité de rapport, il faudra s'y confronter. D'abord au moment de la réunion fictive des libéralités, puis pour déterminer le montant de la réduction. Le problème persiste : il n'a été écarté que pour l'une des trois étapes impliquant une évaluation. Il faudra forcément, pour les deux autres, savoir si les améliorations ou dégradations du patrimoine professionnel sont imputables au donataire.

Au lieu de vouloir changer les méthodes d'estimation, ne faudrait-il pas rendre inutile l'évaluation même du patrimoine professionnel. Pour y parvenir, le rapport et la réduction de la donation du patrimoine professionnel doivent être exclus.

2) Écarter le rapport et la réduction de la donation du patrimoine professionnel

423. Présentation. - Certains auteurs préconisent que la donation du patrimoine professionnel ne puisse être ni rapportable ni réductible⁴³³. Sans restitutions successorales possibles sur cette donation, évaluer le patrimoine professionnel deviendra superflu. Ainsi, le problème disparaîtra.

424. Dispense de rapport. - Pour éviter le rapport de la donation du patrimoine professionnel, l'EI donateur doit en dispenser expressément le bénéficiaire, selon l'article 843 du Code civil⁴³⁴. A défaut, la donation du patrimoine professionnel sera présumée rapportable. La dispense doit être stipulée dans le contrat de donation lui-même, ou figurer dans un acte postérieur.

⁴³³ I. Sérandour, La transmission à titre gratuit du patrimoine professionnel, *préc.*, p. 273 ; N. Jullian, thèse précitée, n° 259 et n° 260, p. 253 à 255 ; A.-M. Leroyer et J.-F. Pillebout, EIRL et droit des régimes matrimoniaux et des successions, in L'EIRL, l'entrepreneur à responsabilité limitée, *préc.*, n° 327, p. 130.

⁴³⁴ I. Sérandour, L'articulation du statut de l'entrepreneur individuel avec le droit patrimonial de la famille, in La réforme du statut de l'entrepreneur individuel, *préc.*, n° 506, p. 284.

425. Absence de réduction. - Éviter la réduction est plus complexe puisque les dispositions du Code civil sur ce mécanisme sont d'ordre public. Leur caractère impératif s'explique par la protection de la réserve, elle-même d'ordre public. La réduction présente tout de même une faiblesse. En effet, elle n'est pas automatique mais nécessite l'exercice d'une action en réduction. Sans une telle initiative procédurale, aucune indemnité n'est due. Dès lors, la seule façon de s'assurer à coup sûr de l'absence de réduction de la donation du patrimoine professionnel est d'obtenir, de tous les héritiers réservataires, une renonciation à l'action en réduction. Le mieux est de bénéficier d'une renonciation anticipée à l'action en réduction (RAAR) de l'article 929 du Code civil. Pour être certain que la donation du patrimoine professionnel ne sera pas réductible, chaque héritier réservataire doit renoncer à l'action en réduction. Il suffit que l'un d'eux ne l'ait pas fait et exerce l'action pour que le donataire du patrimoine professionnel soit tenu au versement d'une indemnité de réduction. Bien évidemment, la renonciation doit se faire au profit du bénéficiaire du patrimoine professionnel. Si la renonciation est effectuée au profit d'un autre, le donataire du patrimoine professionnel pourrait subir une action en réduction. Enfin, l'héritier doit avoir renoncé à l'action en réduction contre le donataire du patrimoine professionnel quelle que soit la fraction de la libéralité qui empiète sur sa réserve. Si le bénéficiaire du patrimoine professionnel a réussi à obtenir la renonciation unanime des réservataires, la réduction de la donation sera impossible. Par conséquent, il n'y aura pas à chiffrer la valeur du patrimoine professionnel. Les problèmes d'évaluation n'existent plus.

426. Limites de la solution. - Cette solution résout les problèmes d'évaluation, mais à quel prix ? Écarter le rapport rompt l'égalité entre les héritiers *ab intestat*. Assurer l'absence de réduction de la donation du patrimoine professionnel nuit aux héritiers réservataires, qui pourraient se retrouver totalement exhéridés, d'autant plus que ce patrimoine a souvent une valeur importante. Exclure le rapport et la réduction de la donation du patrimoine professionnel prive les héritiers des protections offertes par ces mécanismes.

De plus, être dispensé du rapport et obtenir une renonciation à l'action en réduction de tous les réservataires implique le respect de nombreuses conditions. En pratique, remplir toutes ces conditions et échapper à l'évaluation du patrimoine professionnel est possible mais difficile.

Pour au moins éviter les calculs d'indemnités de rapport et réduction, l'exécution en nature pourrait être la solution. Cependant, l'exécution en nature des restitutions successorales présente aussi de nombreux problèmes.

Section II : Les difficultés liées à la restitution en nature du patrimoine professionnel donné

427. Conditions de l'exécution en nature. - En principe, les restitutions successorales s'effectuent en valeur. Cependant, l'exécution en nature est possible lorsque deux conditions cumulatives, posées par les articles 859 et 924-1 du Code civil, sont réunies : le gratifié doit être propriétaire du bien, lequel doit être « *libre de toute charge dont il n'aurait pas déjà été grevé à la date de la libéralité, ainsi que de toute occupation dont il n'aurait pas déjà été l'objet à cette même date* ». Le respect de la première exigence est facile : le donataire est toujours à la tête du patrimoine professionnel, sauf s'il l'a cédé. Le respect de la seconde condition a divisé la doctrine. Pour Monsieur Hervé Morell, l'exécution en nature s'avère impossible, au motif que le patrimoine professionnel serait toujours grevé de charges⁴³⁵. Son argumentation repose sur l'idée que les dettes comprises dans le patrimoine professionnel seraient des charges, de sorte que le second critère légal serait très rarement satisfait. Il est permis d'objecter que les dettes ne correspondent pas à des charges grevant le patrimoine professionnel puisqu'elles sont des composantes de ce patrimoine. C'est ce qu'explique Madame Nadège Jullian pour soutenir qu'il n'y a aucun obstacle à l'exécution en nature⁴³⁶.

428. Mise en œuvre compliquée de l'exécution en nature. - Possible en théorie, l'exécution en nature promet d'être compliquée en pratique.

En effet, le patrimoine professionnel est une universalité au contenu évolutif, comprenant un actif et un passif. Depuis la donation, le contenu du patrimoine professionnel a sans doute bougé. De nouveaux biens peuvent être devenus utiles à l'activité professionnelle, et de nouvelles dettes peuvent avoir été contractées. Les héritiers se retrouvent alors avec un patrimoine professionnel composé en partie de biens n'ayant jamais appartenu au défunt, et de dettes que ce dernier n'avait pas souscrites. Leur remettre, par le biais de la restitution du patrimoine professionnel, de tels biens et dettes, est gênant : le lien avec le *de cuius* apparaît trop étroit⁴³⁷.

Restituer les dettes incorporées dans le patrimoine professionnel crée de nombreuses difficultés, tant pour celles nées avant la donation que pour celles apparues après. Lors de la

⁴³⁵ H. Morell, Les aspects patrimoniaux du statut de l'Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée thèse précitée, n° 1116 à 1126, p. 497 à 500.

⁴³⁶ N. Jullian, La cession de patrimoine, thèse précitée, n° 259, p. 253.

⁴³⁷ I. Sérandour, La transmission à titre gratuit du patrimoine professionnel, *préc.*, p. 273.

donation du patrimoine, les créanciers professionnels du disposant ont changé de débiteur. Si la restitution a lieu en nature, ils subiront pour la seconde fois un changement de débiteur, le patrimoine professionnel passant du donataire à la succession du défunt. Ces changements de débiteur sont une source d'insécurité pour les créanciers. La restitution en nature du patrimoine professionnel s'avère, pour eux, encore plus dangereuse que sa donation intégrale. En effet, alors qu'ils pouvaient s'opposer à sa donation, les créanciers sont désarmés face à sa restitution en nature. La même remarque vaut pour les créanciers dont la créance est née après la donation du patrimoine : l'exécution en nature du rapport ou de la réduction entraîne un changement de débiteur auquel ils ne peuvent pas s'opposer, faute de texte en ce sens.

429. Remèdes. - Le législateur devrait assurer une protection des créanciers au stade de la restitution en nature du patrimoine professionnel, en leur offrant un droit d'opposition comme lors de la donation.

Une autre solution plus radicale est proposée par Madame Nadège Jullian. Elle est favorable à ce que le législateur interdise la restitution en nature du patrimoine professionnel en ajoutant, aux articles 859 et 924-1 du Code civil, l'alinéa suivant : « *Le gratifié ne peut exercer la réduction⁴³⁸ en nature en présence d'une donation portant sur un patrimoine entrepreneurial* »⁴³⁹. Dans l'attente d'une intervention législative en ce sens, l'auteure invite le donateur d'un patrimoine professionnel à exclure toute restitution successorale en nature.

⁴³⁸ Ou le rapport.

⁴³⁹ N. Jullian, La cession de patrimoine, thèse précitée, n° 259, p. 254

Conclusion de la partie 2 :

430. Transmission de l'entreprise : société unipersonnelle versus EI - L'insertion, effectuée par la loi du 14 février 2022, du statut de l'EI en droit successoral et des libéralités, est malheureuse. Pour ne reprendre qu'un exemple, transmettre son patrimoine professionnel est complexe. Le régime de la donation universelle du patrimoine professionnel doit être perfectionné : le droit d'opposition des créanciers serait à remanier⁴⁴⁰ et l'application des dispositions sur la cession de dette devrait être exclue⁴⁴¹. Le legs du patrimoine professionnel s'avère impossible⁴⁴². Quant à l'héritier souhaitant poursuivre l'activité au décès de l'EI, il ne verra pas transmettre le patrimoine professionnel, celui-ci ayant été réuni avec le patrimoine personnel⁴⁴³. Plusieurs auteurs alertent encore sur les incertitudes fiscales du transfert universel du patrimoine professionnel⁴⁴⁴. Ils s'inquiètent d'une lacune de la loi de finances pour 2022 : si les conséquences de l'option de l'EI pour l'impôt sur les sociétés y sont explicitées⁴⁴⁵, tel n'est pas le cas des incidences fiscales de la cession intégrale du patrimoine professionnel. L'articulation de l'opération avec les pactes Dutreil de l'article 787 C du Code général des impôts demeure incertaine⁴⁴⁶.

Ces difficultés pourraient entraîner un délaissement du statut et profiter à la technique sociétaire. Certains auteurs sont même portés « à croire que le législateur a voulu, en réalité, inciter à recourir aux sociétés unipersonnelles »⁴⁴⁷. En effet, il est plus facile de transmettre les titres sociaux d'une société unipersonnelle que le patrimoine professionnel d'un EI⁴⁴⁸.

La donation des parts sociales ou actions d'une société unipersonnelle n'est pas soumise au formalisme du transfert intégral du patrimoine professionnel de l'article L. 526-27 du Code de commerce. Notamment, les créanciers de la société unipersonnelle ne jouissent d'aucun droit d'opposition, puisque leur débiteur, la société, ne change pas. Seul le dirigeant de l'EURL ou

⁴⁴⁰ Voir *supra* n° 313 et s.

⁴⁴¹ N. Jullian, La transmission du patrimoine de l'entrepreneur, de nouvelles opérations au service des entrepreneurs individuels, *préc.*, n° 39.

⁴⁴² K. Lafaurie, Les conséquences juridiques du décès de l'entrepreneur individuel après la loi du 14 février 2022, *préc.*, p. 15.

⁴⁴³ Voir *supra* n° 399 et s.

⁴⁴⁴ S. Le Normand-Caillère, R. Mortier et N. Jullian, Le transfert du patrimoine de l'EIPP, *préc.*, n° 10 et s., p. 48 ; B. Brignon et H. Leyrat, L'entrepreneur individuel nouveau, *préc.*, n° 53.

⁴⁴⁵ Pour des développements sur ce point, voir Y. Judeau et T. Leobon, Des prémices à la reconnaissance du patrimoine professionnel, *préc.*, n° 113 à 123.

⁴⁴⁶ Pour plus de développement sur ce point, voir H. Leyrat et B. Brignon, La nouvelle transmission universelle du patrimoine professionnel à titre gratuit, *préc.*

⁴⁴⁷ G. Drouot, De l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée à l'entrepreneur individuel tout court, *préc.*, p. 52.

⁴⁴⁸ M. Buchberger, Quel avenir pour les sociétés unipersonnelles ?, in Dossier spécial, La réforme de l'entreprise individuelle par la loi du 14 février 2022, *préc.*, p. 52.

la SASU ne sera plus le même. Autre avantage de la forme sociétaire : alors que le patrimoine professionnel ne peut être donné qu'à un seul bénéficiaire, faute de pouvoir être scindé⁴⁴⁹, les parts sociales d'une société unipersonnelle peuvent être transmises à titre gratuit à plusieurs donataires. En outre, contrairement au patrimoine professionnel, les titres sociaux peuvent être démembrés. Ainsi, l'entrepreneur souhaitant que son entreprise revienne à l'ensemble de ses enfants, et pas exclusivement à l'un d'eux, a intérêt à choisir la forme sociétaire. De l'interdiction de la scission du patrimoine professionnel, il découle un autre inconvénient, inexistant dans les sociétés unipersonnelles. Faute de pouvoir se séparer d'une fraction seulement de son patrimoine, l'EI donateur est obligé d'arrêter d'un coup son implication dans l'entreprise. Il ne peut pas le faire par étapes, à la différence de l'associé unique d'une EURL ou d'une SASU, qui peut quant à lui se retirer progressivement du monde des affaires en cédant petit à petit ses titres sociaux.

La société unipersonnelle apparaît également préférable au statut d'EI en cas de transmission à cause de mort. Là où le legs du patrimoine professionnel est impossible, le dirigeant d'une EURL ou d'une SASU peut transmettre par testament les titres sociaux. Lorsque l'associé unique décède *ab intestat*, les parts sociales ou actions subsistent et reviennent à ses héritiers, alors que le patrimoine professionnel n'existe plus sous l'EI car réuni avec le patrimoine personnel.

La société unipersonnelle apparaît donc plus attrayante pour assurer la pérennité et le transfert de l'activité. Néanmoins, le statut de l'EI présente lui aussi des avantages non négligeables : il offre aux entrepreneurs une protection patrimoniale équivalente à celle des sociétés unipersonnelles sans pour autant avoir à s'encombrer des règles de constitution d'une EURL ou d'une SASU. Pas besoin de rédiger des statuts, le seul fait de s'immatriculer au registre professionnel qui correspond à son métier permet à l'entrepreneur de bénéficier de la division patrimoniale. De plus, la répartition entre les actifs qui entrent dans le patrimoine professionnel et les valeurs présentes dans le patrimoine personnel est déterminée par la loi pour l'EI, alors que celui qui fonde une société doit procéder à des apports pour savoir quels biens vont intégrer le patrimoine social. Il n'y a donc pas de véritable intérêt à transformer une entreprise individuelle en société unipersonnelle, sauf pour préparer une donation ou une succession.

⁴⁴⁹ Article L. 526-30, 1° du Code de commerce.

Conclusion générale

431. Répercussions dans d'autres domaines : l'exemple du droit des sûretés. -

Comme cela a été observé tout au long de cette étude, la loi du 14 février 2022 se révèle décevante pour les patrimonialistes, car de trop maigres efforts ont été déployés pour articuler le statut de l'EI avec les régimes matrimoniaux, mais aussi avec le droit des successions et des libéralités. Outre ces matières, le nouveau statut de l'EI se coordonne mal avec d'autres branches du droit. La matière des sûretés en est un bon exemple. Il est vrai que la réforme de 2022 a réglé certains points, en excluant notamment l'auto-cautionnement de l'EI⁴⁵⁰. Des problèmes d'articulation se poseront néanmoins en droit des sûretés. Deux exemples suffiront à s'en convaincre.

432. Insuffisance de la prohibition du seul auto-cautionnement. - Se porter caution de soi-même est interdit, mais qu'en est-il s'agissant des autres sûretés personnelles ? Dans le silence de la loi, l'EI peut-il recourir à la lettre d'intention ou à la garantie autonome pour garantir sa propre dette ? Certains auteurs le pensent⁴⁵¹, au nom de la liberté contractuelle : ce qui n'est pas interdit par la loi est, en principe, permis. Néanmoins, la doctrine majoritaire estime qu'en dépit du silence légal, l'interdiction d'être garant personnel de sa propre dette doit être étendue aux sûretés voisines du cautionnement⁴⁵². En effet, le législateur a pris soin de compartimenter le droit de gage, tout en admettant une faculté de renonciation qui suppose le respect d'un lourd formalisme. Ne serait-il pas trop facile de contourner le dispositif et de parvenir au même résultat en souscrivant, par exemple, une garantie autonome ? Le législateur devrait exclure de façon explicite l'émission de toutes garanties personnelles par l'EI, destinées à couvrir ses propres dettes⁴⁵³.

433. Flou législatif sur la question des sûretés réelles. - La loi du 14 février 2022 admet que l'EI puisse souscrire une sûreté réelle sur un bien de son patrimoine personnel au profit d'un créancier professionnel. Elle est muette en revanche sur la possibilité de consentir une telle garantie sur un bien de son patrimoine professionnel, au profit d'un créancier personnel.

⁴⁵⁰ Article L. 526-22, alinéa 3, du Code de commerce.

⁴⁵¹ Voir en ce sens sous le régime de l'EIRL, N. Borgia, L'EIRL et la constitution de sûretés personnelles, BJE mars 2011, n° 2011-0007, p. 76.

⁴⁵² S. Cabrillac, Entrepreneur individuel : et si les difficultés concernaient le financement du patrimoine privé ?, *préc.*, p. 35 ; R. Mortier, Le nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel, *préc.*, p. 12, n° 17.

⁴⁵³ C. Favre-Rochex, Le nouveau patrimoine professionnel, *préc.*, n° 16, p. 25.

Comment interpréter ce silence légal ? Faut-il y voir une interdiction ou, au contraire une permission implicite ? Des auteurs estiment qu'une fois son activité débutée, l'EI ne peut pas garantir une dette personnelle par une sûreté assise sur un bien du patrimoine professionnel⁴⁵⁴. Outre le silence de la loi, ils justifient leur position par l'argument suivant. L'alinéa 6 de l'article L. 526-22 du Code de commerce précise que les sûretés consenties par l'EI au profit d'un créancier personnel « *avant le commencement de son activité conservent leur effet* », même si elles portaient sur un bien professionnel. Cette précision « *pourrait laisser entendre, bien que le texte ne le dise pas expressément, que ces mêmes créanciers ne pourraient [pas] obtenir une sûreté réelle sur un bien figurant dans le patrimoine professionnel une fois ce patrimoine constitué* »⁴⁵⁵. D'autres auteurs ne sont pas choqués par l'idée qu'un bien du patrimoine professionnel soit le siège d'une sûreté réelle pour garantir une dette personnelle. Ils considèrent que l'interdiction « *serait une atteinte aux prérogatives de propriétaires [de l'EI], non justifiée par un but d'intérêt général* »⁴⁵⁶ et irait à l'encontre de la liberté contractuelle⁴⁵⁷.

434. Risque accru de conflits par rapport à l'EIRL. - Le nouveau statut de l'EI n'a pas réussi à s'affranchir des défauts connus sous l'EIRL. Du reste, compte tenu du faible nombre d'entrepreneurs à double patrimoine avant la réforme de 2022, les difficultés de coordination pointées par la doctrine ne se sont pas concrétisées dans les faits. Or et c'est là que le bât blessera, le nouveau statut de l'EI est automatique. La dualité patrimoniale s'appliquant à tous les EI⁴⁵⁸, il est probable⁴⁵⁹ que juges, notaires et avocats aient à connaître tôt ou tard ces problèmes d'articulation dans leur pratique quotidienne, là où les difficultés n'étaient que théoriques sous l'EIRL.

Le législateur devrait, à l'avenir, prendre conscience que « *modifier un pan du droit à des répercussions sur d'autres pans du droit* »⁴⁶⁰ et mieux réfléchir aux incidences d'une réforme envisagée avant de l'adopter. Cet exercice le poussera à trouver les solutions aux éventuelles difficultés, avant même qu'elles ne se rencontrent en pratique.

⁴⁵⁴ B. Dondero, Place à l'entrepreneur individuel à deux patrimoines (EI2P) !, *préc.*, n° 42, p. 204 ; T. Revet, La désubjectivation du patrimoine, *préc.*, n° 26, p. 478.

⁴⁵⁵ P. Delebecque, Droit des sûretés, JCP G. 2022, doctr. 467, n° 14.

⁴⁵⁶ S. Cabrillac, Entrepreneur individuel : et si les difficultés concernaient le financement du patrimoine privé ?, *préc.*, n° 11, p. 37.

⁴⁵⁷ M. Mignot, L'entrepreneur individuel et les sûretés, *préc.*, p. 47.

⁴⁵⁸ Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 14 février 2022, trois millions d'entrepreneurs sont dotés de deux patrimoines contre cent mille avant la réforme. Q. Némoz-Rajot, Une protection patrimoniale renforcée et simplifiée, *préc.*, p. 32.

⁴⁵⁹ Les probabilités que des problèmes apparaissent en pratique ont été multipliées par trente.

⁴⁶⁰ G. Drouot, De l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée à l'entrepreneur individuel tout court, *préc.*, p. 52.

Bibliographie

§1- Ouvrages généraux et cours

Aubry (C.) et Rau (C.), Cours de droit civil français, Paris, 5^{ème} éd., T. 9, 1917.

Beignier (B.) et Torricelli-Chrifi (S.), Droit des régimes matrimoniaux, du PACS et du concubinage, LGDJ Lextenso, 7^{ème} éd. Lextenso 2021.

Beignier (B.) et Torricelli-Chrifi (S.), Libéralités et successions, LGDJ Lextenso, 5^{ème} éd., 2020.

Buffelan-Lanore (Y.) et Larribau-Terneyre (V.), Droit civil. Introduction Biens, Personnes, Famille, Dalloz Sirey, coll. Université, 22^{ème} éd. 2021.

Cornu (G.), Droit civil Introduction les personnes les biens, Montchrestien, 6^{ème} éd. 1993.

Dekeuwer-Défossez (F.) et Blary-Clément (E.), Droit commercial, 12^e éd. LGDJ 2019.

Grimaldi (M.), Droit des successions, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2020.

Grimaldi (M.), Droit patrimonial de la famille, Dalloz action, 7^{ème} éd., 2021/2022.

Julienne (M.), Régime général des obligations, LGDJ, Lextenso, 2^{ème} éd. 2018.

Lombois (C.), Introduction au droit civil – Droit des personnes et des biens, Cours de droit Litec 1996-1997.

Mathieu (M.-L.), Droit civil, Les biens, Dalloz Sirey, coll. Université, 3^{ème} éd. 2013.

Mestre (J.), Droit commercial, Tome 2, LGDJ Lextenso, 31^{ème} éd. 2021.

Revet (T.) et Zenati-Castaing (F.), Les biens, coll. Droit fondamental, PUF, 3^{ème} éd. 2008.

Saint-Alary-Houin (C.), Droit des entreprises en difficulté, Lextenso, 13^{ème} éd., 2022.

Saleilles (R.), De la personnalité juridique, Histoire et théorie, Paris, Rousseau, 25^{ème} leçon, 1922.

Terré (F.), Introduction générale au droit, Précis Dalloz, 10^{ème} éd., 2015.

Terré (F.), Lequette (Y.) et Gaudemet (S.), Les successions. Les libéralités, 4^{ème} éd. Paris, Dalloz, 2014.

Terré (F.) et Simler (P.), Droit civil, Les biens, Dalloz, 8^{ème} éd. 2010.

Terré (F.) et Simler (P.), Régimes matrimoniaux et statut patrimonial des couples non mariés, Dalloz 8^{ème} éd. 2019.

Vareille (B.), Droit patrimonial de la famille, cours UNJF.

Vareille (B.), (dir.), Successions Libéralités, Mémento Pratique F. Lefebvre 2021.

§2- Thèses et ouvrages spéciaux

Aubry (M.-C.), Le patrimoine d'affectation, thèse, Paris 13, 2010.

Claux (P.-J.), La continuation de la personne par l'héritier, thèse Paris, 1969.

Gazin (H.), Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique, thèse Dijon, 1910.

Guinchard (S.), L'affectation des biens en droit privé français, thèse Lyon 1974, Bibliothèque de droit privé, Tome CXLV, LGDJ 1976.

Hamelin (J.-F.) et Jullian (N.), La réforme du statut de l'entrepreneur individuel (analyse et commentaire de la loi du 14 février 2022 et des décrets du 28 avril et 14 juin 2022), LGDJ, Lextenso 2022.

Henry (A.), De la subrogation réelle conventionnelle et légale, thèse Nancy 1913.

Jullian (N.), La cession de patrimoine, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 174, 2018.

Jullian (N.), Tisseyre (S.) et de Bissy (A.), Les structures individuelles, Presse de l'Université de Toulouse 1 Capitol, 2021.

Legrand (V.) et de Faultrier (J.), Entreprise individuelle, Encyclopédie Delmas, 13^{ème} éd. 2015/2016.

Morell (H.), Les aspects patrimoniaux du statut de l'Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée, thèse Toulouse 2014.

Percerou (R.), La personne morale de droit privé : patrimoine d'affectation, thèse Paris, 1951.

Plastara (G.), La notion juridique de patrimoine, thèse Paris, Arthur Rousseau éditeur, 1903.

Raffray (R.), La transmission universelle du patrimoine des personnes morales, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 108, 2011.

Rochfeld (J.), Les grandes notions du droit privé, Thémis droit, PUF, 2^{ème} éd. 2013.

Terré (F.), L'EIRL, l'entrepreneur à responsabilité limitée, LexisNexis Litec 2011, coll. Droit 360°.

Thomat-Raynaud (A.-L.), L'unité du patrimoine : Essai critique, Defrénois 2007.

Vanel (A.), La dette en couple, thèse Limoges 2022.

Wicker (G.), Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique, Bibliothèque de droit privé, Tome 253, LGDJ 1996.

§3- Dictionnaires

Cornu (G.), Vocabulaire juridique, PUF, 4^{ème} éd. 2003.

Roland (H.), Lexique juridique des expressions latines, LexisNexis, 7^{ème} éd., 2016.

§4- Articles, chroniques, fascicules

Avena-Robardet (V.), Attention au nouveau statut de l'entrepreneur individuel marié, AJ Famille avril 2022, p. 169.

Berlioz (P.), Patrimoine d'affectation, esquisse d'un régime général, *in* Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu, LGDJ, Lextenso, 2014, p. 499.

Binet (J.-R.), Droit commun à toutes les branches de l'option successorale, *in* Lamy droit des régimes matrimoniaux, des successions et des libéralités, n° 218-81.

Bonnet (V.), L'entrepreneur individuel en couple : « Le couple quelle drôle d'idée », *in* Mélanges en l'honneur du Professeur Arlette Martin-Serf, Bruylant, 2022.

Bonnet (V.), Les sûretés et l'EIRL, JCP N 2012, 1338.

Borga (N.), L'EIRL et la constitution de sûretés personnelles, Bull. Joly Entreprises en difficultés 2011, p. 76.

Bourdair-Mignot (C.), Et 1, et 2, et 3 : exit le conjoint de l'entrepreneur individuel ! Contribution au colloque Le nouveau statut de l'entreprise individuelle. Pour qui ? Pour quoi ?, consultable sur le site internet de CEDCACE Nanterre.

Brignon (B.) et Leyrat (H.), L'entrepreneur individuel nouveau, Lexbase Affaires 17 mars 2022, n° 709.

Buchberger (M.), Quel avenir pour les sociétés unipersonnelles ?, *in* Dossier spécial, La réforme de l'entreprise individuelle par la loi du 14 février 2022, RLDC 2022/202, n° 7095, p. 49 et s.

Buchberger (M.), Mise en société d'une entreprise individuelle... la simplification n'est pas ay rendez-vous !, GP, lundi 31 octobre 2022, n° 35, p. 46.

Cabrillac (R.), Généralités sur les régimes matrimoniaux, *in* Lamy Droit des régimes matrimoniaux, successions et libéralités, n° 103-17.

Cabrillac (R.), Passif de la communauté légale, *in* Lamy Droit des régimes matrimoniaux, successions et libéralités, n° 130-40.

Cabrillac (S.), Entrepreneur individuel : et si les difficultés concernaient le financement du patrimoine privé ?, JCP N 2022, 1175, p. 34.

Casey (J.), Le mandat posthume, Dr. fam. 2006, étude 54.

Castagné (S.), Entreprise, entreprise individuelle, choix, formalités diverses JCl. Entreprise individuelle, Fasc. 530.

Catala (P.), L'état d'un bien exploité sous forme sociale, *in* Études offerte à René Rodière, Dalloz 1981, p. 55.

Chamoulaud-Trapiers (A.), Capacité et pouvoirs, *in* Successions Libéralités, Mémento pratique, éd. Francis Lefebvre 2020, n° 695.

Chwartz-Lair (C.), Les éléments du patrimoine professionnel : la notion de « biens utiles » à l'activité, *in* Premiers regards sur le nouveau statut d'entreprise individuelle, RJ com. 2022, p. 229.

Chwartz-Lair (C.) et Lisanti (C.), Régimes matrimoniaux et nouveau statut de l'entrepreneur individuel, JCP N, 2022, n° 50, 1290.

Collard (F.) et Travely (B.), L'obligation de conservation en valeur au secours de la libéralité graduelle, JCP N 2012, 1177.

Couret (A.), Le concept d'entreprise familiale et sa place dans les économies nationales et européennes, Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Tome XLI, Presses de l'Université des Sciences Sociales, 1993.

Dagot (M.), Déclaration d'insaisissabilité, JCI. Notarial Formulaire, Fasc. 10.

Dauriac (I.) et Grare-Didier (C.), Projet d'EIRL : l'enjeu pour la famille, Defrénois 2010, art. 39096, p. 819.

Dauriac (I.) et Grare-Didier (C.), Famille, entreprise, les deux vies de l'entrepreneur individuel, *in* Dossier La réforme de l'entreprise individuelle, Ingénierie patrimoniale, janvier 2023, p. 28.

Delebecque (P.), Droit des sûretés, JCP G. 2022, doct. 467.

Deville (S.), Nouveau statut de l'entrepreneur individuel et régime matrimonial légal : une fausse bonne idée, GPL, 30 août 2022, n° GPL439j9, p. 44.

Dondero (B.), L'EIRL, ou l'entrepreneur fractionné, JCP G 2010, 679.

Dondero (B.) Nouveau statut de l'entrepreneur individuel, textes réglementaires, Rev. des sociétés, juin 2022, p. 335.

Dondero (B.), Place à l'entrepreneur individuel à deux patrimoines (EI2P) !, étude, Rev. des sociétés 2022, p. 199.

Drouot (G.), De l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée à l'entrepreneur individuel tout court, RJPF 2022-4/32, p. 48.

Dupouy (N.) et Zattara (A.-F.), La transmission par le nouvel entrepreneur individuel de son patrimoine professionnel, JCP N 2022, n° 51-52, 1292.

Favre-Rochex (C.), Le nouveau patrimoine professionnel, *in* Étude dossier, JCP éd. E. 2022, n° 1136, p. 25.

Goubeaux (G.), Le divorce de l'EIRL, *in* Mélanges en l'honneur de Philippe Merle, D. 2013, p. 319.

Grare-Didier (C.), EIRL et patrimoine conjugal, LPA 28 avril 2011, n° 84, p. 15.

Guével (D.) et Boisson (J.), Répertoire Civil Dalloz, V° Cession de droits successifs.

Guiguet-Schiélé (Q.), L'articulation du nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur avec son régime matrimonial, Gaz. Pal. 2022, p. 43.

Henry (L.-C.), Successions et droit des entreprises en difficulté, *in* Entreprises en difficulté, sous la direction de Ph. Roussel-Galle, Lexisnexis 2012, coll. Droit 360°, n° 580.

Houin (R.), Performance de l'entreprise à travers la faillite, *Liber amicorum*, 1965, p.609.

Judeau (Y.) et Leobon (T.), Des prémices à la reconnaissance du patrimoine professionnel, JCP N 2022, 1156.

Jullian (N.), La transmission du patrimoine de l'entrepreneur, de nouvelles opérations au service des entrepreneurs individuels, *in* Étude dossier, JCP éd. E. 2022, n° 1137, p. 26.

Jullian (N.), Projet de loi en faveur de l'activité professionnelle indépendante – Vers une généralisation des apports de patrimoine à titre universel ?, Dr. sociétés 2022, repère 1.

Karm (A.), Entreprise individuelle, société et EIRL, quels critères de choix au regard des régimes matrimoniaux, *in* Le régime matrimonial du chef d'entreprise en 10 questions, JCPN n° 1-2 12 janvier 2020, étude 1000, p. 31 et s.

Karm (A.), Le patrimoine affecté de l'EIRL et les régimes matrimoniaux, Defrénois 2011, 39217, p. 576.

Lacroix-De Sousa (S.), La cession du patrimoine affecté de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, D. 2012, p. 620.

Lafaurie (K.), Les conséquences juridiques du décès de l'entrepreneur individuel après la loi du 14 février 2022, Solution notaire Hebdo, 23 juin 2022, n° 21, doctrine, p. 15.

Lafaurie (K.), Memento Pratique Succession Libéralités, Francis Lefebvre, 2021, n° 84415.

Lamarque (T.), Le régime de responsabilité pécuniaire des entrepreneurs individuels français, *in* Mélanges en l'honneur de Élie Alfandari, Dalloz 2000, p. 367 et s.

Laurent (J.), Les relations entre le patrimoine personnel et le patrimoine professionnel, *in* Premiers regards sur le nouveau statut d'entreprise individuelle, RJ com. 2022, p. 238.

Le Guidec (R.), Communauté conventionnelle, communauté universelle, JCl, Civil Code, art. 1526, Fasc. Unique.

Le Guidec (R.), Le patrimoine affecté de l'EIRL et le droit des successions, Defrénois 2011, 39218, p. 599.

Le Normand-Caillère (S.), Mortier (R.) et Jullian (N.), Le transfert du patrimoine de l'EIPP, *in* Étude dossier, JCP N 2022, n° 1246, p. 47.

Lécuyer (H.), Entreprise et famille, Gaz. Pal. 2011, n°138-139, p. 51.

Lécuyer (H.), Les communautés conventionnelles, *in* Lamy Droit des régimes matrimoniaux, successions et libéralités, n° 150-19.

Legeais (D.), Le crédit consenti à l'entrepreneur individuel, Rev. dr. banc. et fin. 2022, Étude 3.

Legrand (V.), L'extinction organisée de l'EIRL ?, *in* Dossier spécial, La réforme de l'entreprise individuelle par la loi du 14 février 2022, RLDC 2022/202, 7094, p. 46.

Legrand (V.), L'entreprise à patrimoine affecté est morte... vive l'entreprise à patrimoine professionnel !, LPA janvier 2022, LPA201i7, p. 26.

Leroy (M.), Regards croisés avec le droit patrimonial, *in* Premiers regards sur le nouveau statut d'entreprise individuelle, RJ com. 2022, p. 266.

Leroyer (A.-M.) et Pillebout (J.-F.), EIRL et droit des régimes matrimoniaux et des successions, *in* L'EIRL, l'entrepreneur à responsabilité limitée, sous la direction de F. Terré, LexisNexis Litec 2011, coll. Droit 360°, p. 113.

Leyrat (H.) et Brignon (B.), La nouvelle transmission universelle du patrimoine professionnel à titre gratuit, Defrénois 2022, DEF206t2, n° 16, p. 27.

Masson (F.), Séparation automatique des patrimoines et théorie du patrimoine, *in* Dossier spécial, La réforme de l'entreprise individuelle par la loi du 14 février 2022, RLDC 2022/202, 7092.

Mattei (J.-P.) et Menjuq (M.), Le transfert du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel, Bull. Rapide de droit des affaires, 10/22, n° 24.

Mignot (M.), L'entrepreneur individuel et les sûretés, RLDC 2023/210, n° 7253.

Monsérié-Bon (M.-H.) et Nicod (M.), Le décès de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, *in* Mélanges en l'honneur de Patrick Serlooten, Dalloz 2015, p. 243.

Mortier (R.), Le nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel, Rev. dr. des sociétés, n° 5 2022, étude 6, p. 6.

Nallet (A.), Le transfert du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel, *in* Dossier spécial, La réforme de l'entreprise individuelle par la loi du 14 février 2022, RLDC 2022/202, 7091, p. 37.

Nicod (M.), L'entrepreneur individuel a aussi une famille, Dr. fam., avril 2022, repère 4.

Naudin (E.), L'époux associé et le régime légal de la communauté réduite aux acquêts, *in* Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois, Defrénois, Lextenso, éd. DL. 2012, p. 617.

Némoz-Rajot (Q.), Une protection patrimoniale renforcée et simplifiée, *in* Dossier spécial, La réforme de l'entreprise individuelle par la loi du 14 février 2022, RLDC 2022/202, n° 7089, p. 31.

Pérochon (F.), EIRL : un patrimoine peut en garantir un autre. La validité des sûretés constituées au titre d'un patrimoine de l'EIRL en garantie de dettes de l'autre patrimoine, Rev. Proc. coll. 2011, dossier 25.

Pellier (J.-D.), La nature juridique du patrimoine affecté de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, RTD com. 2013, p. 48.

Pellier (J.-D.), Regard sur le nouveau statut de l'entrepreneur individuel, JCP, éd. G. 2022, Aperçu rapide, n° 345, p. 546.

Poracchia (D.) et Stoffel (J.-N.), Panorama sur le nouveau statut d'entrepreneur individuel, BJS sept. 2022, n° BJS201h9, p. 52.

Prieur (J.) et Vallansan (J.), Le nouveau statut de l'entrepreneur individuel, JCP N 2022, n° 50, 1289.

Reigné (P.), Le patrimoine affecté de l'EIRL, Defrénois 2011, n° 39214, p. 554.

Revet (T.), La désubjectivation du patrimoine, D. 2022, chr., n° 13, p. 469.

Reygrobellet (A.), Le statut d'entrepreneur individuel enfin opérationnel !, JCP N, 2022, 571.

Saint-Alary-Houin (C.), Décès du débiteur et procédures collectives, Rev. proc. coll. 2013, dossier 9, p. 82.

Saintourens (B.), Le statut de l'entrepreneur individuel après la loi du 14 février 2022, RTD com., 2022, p. 447.

Sauvage (F.), l'EIRL familiale, RJPf 2010-10/11, p. 8.

Sérandour (I.), La transmission à titre gratuit du patrimoine professionnel, *in* Premiers regards sur le nouveau statut d'entreprise individuelle, RJ com. 2022, p. 271.

Sériaux (A.), La notion juridique de patrimoine, Brèves notations civilistes sur le verbe avoir, RTD civ. 1994, p. 801.

Simler (P.), Communauté légale, administration des biens communs, modification dans la répartition ordinaire des pouvoirs, JCl. Civil Code, article 1421 à 1432, Fasc. 20.

Simler (P.), Communauté légale, administration des biens communs, répartition légale des pouvoirs, JCl. Civil Code, article 1421 à 1432, Fasc. 10

Simler (P.), Communauté légale, administration des biens propres, JCl. Civil Code, article 1421 à 1432, Fasc. 30.

Simler (P.), Pour un autre régime matrimonial légal, *in* Mélanges en hommage à François Terré, 1999, Dalloz, p. 455 et s.

Sordino (M.-C.), Les relations complexes entre le droit pénal des sociétés commerciales et le droit pénal des entreprises en difficulté, LPA 31 juillet 2018, n°135e3, p. 50.

Soustelle (P.), L'insaisissabilité de la résidence principale et la déclaration d'insaisissabilité de l'entrepreneur individuel (C. com., art. L. 526-1 et s.), *in* Lamy droit de l'exécution forcée, n° 345-25.

Steinmetz (F.) et Robinne (S.), Gestion exclusive, *in* Lamy Droit des régimes matrimoniaux, successions et libéralités, n° 135-25.

Stoffel (J.-N.), Vers l'extinction du statut de l'EIRL, *Hebdo*, éd. affaires, mars 2022, n° 709.

Thomat-Raynaud (A.-L.) et Dubuisson (É.), Le notaire et le nouveau statut de l'entrepreneur individuel en 12 alarmes, *Defrénois* 2022, n° 23, DEF208b6, p. 12.

Thomat-Raynaud (A.-L.) et Dubuisson (É.), L'entrepreneur individuel et les effets patrimoniaux de son nouveau statut. Quelles précautions lors de l'identification des personnes et la désignation des biens dans un acte ?, *JCP N* 2022, 1173, p. 21.

Thomat-Raynaud (A.-L.), L'unité du « patrimoine professionnel » de l'entrepreneur individuel pluriactif après la loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante, *in* Premiers regards sur le nouveau statut d'entreprise individuelle, *RJ com.* 2022, p. 233.

Tisseyre (S.), La constitution et la composition du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel, *in* Dossier spécial, La réforme de l'entreprise individuelle par la loi du 14 février 2022, *RLDC* 2022/202, n° 7090, p. 34.

Vauvillé (F.), Commentaire de la loi du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, *Defrénois* 2010, art. 39144.

Vauvillé (F.), Le conjoint de l'entrepreneur à responsabilité limitée, *in* Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Défossez, Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, p. 552.

Wicker (G.), La notion de patrimoine, 17^{ème} conférence Albert-Mayrand, éd. Thémis 2013.

Yildirim (G.), Répertoire de droit civil, V^o Communauté légale : répartition des dettes.

Zenati-Castaing (F.), Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine, *RTD civ.* 2003, p. 667.

§6- Notes et observations

Aynès (L.)

- Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 janvier 1994, *Defrénois* 1994, p. 430.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 novembre 1998, *D.* 1999, p. 167.

Breton (A.)

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 13 février 1993, *Bull. civ. I*, n° 54, *D.* 1973, *jur.*, p. 656.

Caillaud (B.) et Le Cannu (P.)

- Note sous Cass. com. 15 juillet 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 1111.

Champenois (G.)

- Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 24 mai 1976, Defrénois 1977, p. 462.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 31 mars 1992, Defrénois 1992, p. 1121.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2007, Defrénois 2008, p. 307.

Crocq (P.)

- Obs sous Cass. com., 14 mai 1996, RTD civ. 1996, p. 666.

Derrida (J.)

- Obs sous Cass. com., 14 mai 1996, D. 1996, p. 460.

Fiorina (D.)

- Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 novembre 1998, D. 1999, p. 633.

Grimaldi (M.)

- Obs sous Cass. civ. 1^{ère}, 31 mai 2005, RTD civ. 2005, p. 811.
- Obs sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 2009, RTD civ. 2009, p. 762.

Le Nabasque (H.)

- Obs sous Cass. com. 15 juillet 1992, Dr. sociétés 1992, n° 220.

Lucet (F.) et Vareille (B.)

- Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 31 mars 1992, RTD civ. 1993, p. 401.

Martin (D.)

- Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 février 1978, D. 1978, IR, p. 238.

Mestre (J.) et Fages (B.)

- Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 2000, RTD civ. 2000, p. 130.

Nerson (R.) et Rubellin-Devichi (J.)

- Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 février 1978, RTD civ. 1979, p. 592.

Nicod (M.)

- Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2007, D. 2007, p. 1578.

Patarin (J.)

- Obs. sous Cass. 1^{ère} civ. 30 mars 1999, RTD civ. 1999, p. 677.

Savatier (R.)

- Obs. sous Cass. 1^{ère} civ. 24 mai 1976, RTD civ. 1977 p. 173.

Simler (P.)

- Obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 18 décembre 2002, JCP G 2003, I, 158.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 18 octobre 2005, JCP 2006, I., 141.
- Obs. sous CA. Colmar, 28 mars 2018, JCP G 2018, chron. 553.

Rouquet (Y.)

- Obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 18 décembre 2002, D. 2003, AJ, p. 423.

Vareille (B.)

- Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 janvier 1994, RTD civ. 1996, p. 229.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2007, RTD civ. 2007, p. 618.

Vauvillé (F.)

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 18 octobre 2005, RJPF 2006-2/30.

Wiederkehr (G.)

- Obs. Sous Cass. 1^{ère} civ. 10 mai 1995, JCP N., 1996, I, 1295.

Index :

A

Acceptation à concurrence de l'actif net,
v. *Option successorale*

Acceptation pure et simple, v. *Option successorale*

Acte

- d'administration, 44, 68, 127
- d'affectation, 39, 45
- de disposition, 46, 52, 68, 71, 73, 127
- notarié, 246, 291, 297

Adage

- « *accessorium sequitur principale* », 103, 178
- « *Là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer* », 116, 263, 315, 319
- « *Les exceptions sont d'interprétation strictes* », 373 et 374
- « *Specilia generalibus derogant* », 150, 384, 392

Attribution préférentielle

- De l'entreprise, 19, 405 et s.
- Du patrimoine, 397

Auto-cautionnement, v. *Cautionnement*

Automaticité de la dualité patrimoniale,
6, 9, 23, 32 et s., 66, 138, 434

Avantage matrimonial, 108

B

Bien

- commun, 18, 24 et s., 51 et s., 100 et s., 111, 133 et s.
- indivis, 18, 126 et s.
- personnel
 - au sens des régimes matrimoniaux, 18, 120 et s., 209 et s.
 - dans le statut de l'EI, 10, 12, 18, 86, 343 et s.
 - Définition, nbp 133, nbp 186

- professionnel, 10, 12, 18, 25, 343 et s.
- propre, 18, 59 et s., 100 et s.
- *sui generis*, 104 et 105
- utile, v. *Utilité*

C

Cantonnement, v. *Droit de gage*

Cautionnement

- Auto-cautionnement, 173, 186, 328, 431 et 432
- Cautionnement de la dette d'un tiers, 84, 196 et s.
- Cautionnement entre époux, 172 et s.

Capacité, 250

Cessation

- d'activité, 278
- des paiements, 369 et s.

Cession

- de dette, 96, 329 et s.
- du patrimoine professionnel, v. *Transfert universel du patrimoine professionnel*

Communauté

- légale
 - Passif, 139 et s.
 - Pouvoirs, 21 et s.
- de meubles et acquêts, 113
- universelle
 - Passif, 226 et s.
 - Pouvoirs, 133 et s.

Concubinage, 1, 14

Consentement à une libéralité, 249

Contenu

- licite et certain d'une libéralité, 251
- des patrimoines, 10, 12, 243, 275 et 276, 332, 428

Contenant, 92, 243, 276, 280, 332

Continuation de la personne du défunt,
377

Contribution à la dette, 139, 156, 222

Couple d'entrepreneurs individuels, 20

Créance

- de somme d'argent, 321 et s.
- entre époux, 38

Créancier

- du cessionnaire au transfert de patrimoine, 317
- chirographaire, 316, 364, 390
- du conjoint de l'EI
 - personnel, 159 et s., 232 et s.
 - professionnel, 167 et s., 232 et s.
- de l'EI
 - du vivant de l'EI, 10, 38, 143 et s., 209 et s., 228 et s., 315, 358
 - au décès de l'EI, 361 et s., 379 et s.
- privilégié, 171 et s., 316, 364, 390

Crédit, 28, 37, 67, 73, 186

D

Décès, 351 et s.

Déclaration

- d'affectation, 25 et s., 33
- d'insaisissabilité, 1, 10, 42, 327

Démembrement de propriété, 288 et s.

Dette

- alimentaire, 157, 195
- de cotisations et de contributions sociales, 253
- ménagère, 152 et s., 195, 219 et s.
- ordinaire, 157, 159 et s., 195
- propre par nature, 144 et s., 194
- Qualification, 93, 96

Divorce, 19, 38

Don manuel

- Définition, 293 et s.

- d'un élément isolé du patrimoine, 247
- du patrimoine professionnel, 296

Donation

- Définition, 241
- avec charge, 257 et s.
- déguisée, 247, 292
- donation-partage, 1, 266 et s.
- d'un élément du patrimoine, 244 et s.
- graduelle, 271 et s.
- indirecte, 247, 292
- du patrimoine professionnel, 252 et s., 409 et s.
- résiduelle, 271 et s., 284 et s.

Droit de gage

- du créancier bénéficiaire d'un cautionnement, 171 et s.
- du créancier de l'EI
 - Cas de l'EI vivant
 - o Principe, 10, 66, 212
 - o Limite, 11, 67 et s., 223 et s.
 - o Marié, 143 et s., 211 et s., 228 et s.
 - Cas de l'EI décédé, 357 et s., 379 et s.
- du créancier du conjoint de l'EI
 - personnel, 159 et s., 218 et s., 235 et s.
 - professionnel, 167 et s., 235 et s.
- général, 3

Droit d'opposition

- Domaine, 314 et s., 430
- Régime, 321 et s.

Droit patrimonial de la famille, 1 et s., 13 et s.

Droit de préférence, 365

E

EIRL

- Affectation des biens, 20, 25 et s., 34, 41
- Décès, 360
- Donation du patrimoine affecté, v. *Patrimoine d'affectation*
- Indivision, 215
- Mise en extinction, 8, 397

- Passif du couple, 151, 165, 216, 234
- Présentation, 7
- Reprise de l'activité par un héritier, 397 et s.

Entreprise en difficulté

- Distinction de l'homme et de l'entreprise, 299
- Procédure collective
 - Décès en cours de procédure collective, 371 et s., 388
 - Déclaration de créances, 165
 - Liquidation judiciaire, 369
 - Ordre de paiement, 391
 - *Post mortem*, 369 et s., 388, 395
 - Redressement judiciaire, 369
 - Sauvegarde, 370

EURL, 5, 430

Évaluation des biens, 412 et s.

Exploitation, 101

F

Fiction, 280, 284

Fonds de commerce

- Cession, 53, 57, 101 et 102, 108
- Don manuel, 295 et 296
- Donation, 53, 416
- Élément du patrimoine professionnel, 12, 33
- Location-gérance, 276

Fusion, 313, 320, 322

G

Gage, v. *Droit de gage*

Gains et salaires, 53, 108, 144 et s., 201

Garantie, 328

Gestion, v. *Pouvoirs de gestion*

I

Impôt sur le revenu, 11, 223 et s.

Inaliénabilité du patrimoine, 95, 98, 253

Indivision, 126 et s., 214 et s., 397, 403

Information

- des conséquences de l'affectation d'un bien commun, 28 et s., 33
- relative à la renonciation, 67, 79
- du transfert du patrimoine professionnel
 - Publicité du transfert, 305 et s., 318
 - Publicité d'un projet de cession, 309 et s.

Insaisissabilité du patrimoine, 94

Interprétation littérale et *a contrario*, 163 et s., 181, 204, 206, 235

L

Legs

- à titre particulier, 346, 350
- à titre universel, 338, 339, 346
- Définition, 333
- de tous les biens d'un des patrimoines de l'EI, 343 et s.
- du patrimoine professionnel, 347 et s., 430
- universel, 340 et 341, 346

Libéralité

- Définition, 239
- Donation, v. *Donation*
- Legs, v. *Legs*

Liquidation de la communauté, 19

Logement de la famille, 53, 55, 61, 63, 122 et s.

M

Mandat

- à effet posthume, 1
- indivision, 127, 397

Mariage, 14, 17 et s.

Masse de calcul de l'article 922 du Code civil, 412

Mesure de crise, 86

Moins-values, 413 et s., 421, 422

N

Nue-propriété, 288 et s.

O

Obligation

- à la dette, 139 et s., 208 et s.
- *intra vires*, 381, 384 et s.
- *ultra vires*, 361 et s., 380 et s.

Opposition, v. *Droit d'opposition*

Option successorale

- Acceptation à concurrence de l'actif net, 5, 355, 390 et s.
- Acceptation pure et simple, 355, 380 et s.
- Caractères de l'option, v. *Unité*
- Délai, 398
- Double option, 378
- Renonciation, 354, 393 et s.

P

PACS, 1, 14

Pactes Dutreil, 430

Partage

- de l'indivision, 216 et 217
- d'un régime communautaire, 19
- de la succession, 397, 406

Passif

- du patrimoine, 12, 93
- en régimes matrimoniaux, 138 et s.
- successoral, 357 et s., 379 et s.

Patrimoine

- d'affectation
 - Composition, 7
 - Définition, 4
 - Mise en patrimoine, 25 et s.

- Transfert, 269, 297, 322
- fiduciaire, 6
- personnel
 - Composition, 12
 - Inaliénabilité, 98, 253
- professionnel
 - Apport en société, 96, 102, 252
 - Composition, 12
 - Donation, 252 et s.
 - Legs, 347 et s., 430
 - Mise en patrimoine, 31 et s.
 - Qualification, 89 et s.
 - Restitutions successorales, 409 et s.
 - Transfert, v. *Transfert universel du patrimoine professionnel*
- successoral, 335, 354

Plus-values, 413 et s.

Portefeuille de valeur mobilière, v. *Universalité de fait*

Pouvoirs de gestion

- Gestion concurrente, 52, 75 et s., 134
- Gestion conjointe, 26 et s., 35 et s., 53, 57, 63, 71 et s., 80 et s., 101, 108, 134
- Gestion exclusive, 44, 53, 56, 73 et s., 134
- Gestion indépendante, 60 et s., 82, 85, 102, 116 et s., 121, 131 et s.

Procédures

- civiles d'exécution, 13, 86, 94
- collectives, v. *Entreprise en difficulté*

Q

Quotité disponible, 409, 412

R

Régimes matrimoniaux

- Définition, 17
- communautaires, v. *Communauté*
- primaire impératif, 53, 60, 61, 86, 122 et s., 219 et s.
- séparatistes
 - Passif, 209 et s.
 - Pouvoirs, 115 et s.

Remboursement, 320, 326 et 327

Renonciation

- anticipée à l'action en réduction (RARR), 425
- au cantonnement du droit de gage
 - Conditions, 67
 - Pouvoirs des époux, 69 et s., 119
 - en droit des succession, v. *Option successorale*

Reprise de l'activité par un héritier, 8, 396 et s.

Réunion

- des patrimoines, 335, 354 et s.
- fictive des libéralités, 412, 422

Réserve héréditaire, 14, 281, 409, 422, 425

Résidence principale, 1, 10, 12, 42, 327

Restitutions successorales (Rapport et réduction)

- Définition, 409
- en cas de donation du patrimoine professionnel, 411 et s.
- en cas de donations successives, 281, 285
- Exécution
 - en nature, 410, 427 et s.
 - en valeur, 410
- RAAR, v. *Renonciation*

Revenus

- Gains et salaires, v. *Gains et salaires*
- de propres, 201

S

Scission du patrimoine professionnel, 107, 108, 125, 267, 269, 430

Séparation

- de biens, v. *Régimes séparatistes*
- des patrimoines, 9, 66, 364 et s.

Société unipersonnelle, 5, 430

Solidarité,

- Cautionnement solidaire, 199
- des dettes ménagères, 153 et s., 219 et s.
- dans le paiement de l'impôt sur le revenu, v. *Impôt sur le revenu*

Succession, 14, 351 et s.

Sûreté

- judiciaire, 328
- personnelle
 - Cautionnement, v. *Cautionnement*
 - Garantie autonome, 432
 - Lettre d'intention, 432
- réelle, 80, 433

T

Testament, 333

Théorie

- de l'accessoire de l'article 1406 du Code civil, 103
- du patrimoine d'affectation, 4
- subjective du patrimoine, 3, 5 et s., 95, 253

Titre et finance, 136

Transfert universel du patrimoine professionnel

- Domaine, 253
- Pouvoirs des époux, 87 et s., 123 et s., 128 et s.
- Régime, 298 et s.

Transfert d'un élément du patrimoine, 108, 244 et s.

Travail forcé, 278

U

Unité

- du patrimoine, 3
- de l'option successorale, 356, 377

Universalité de droit

- Définition, 10, 12, 87, 92, 243, 253
- Transfert, 252 et s.

Universalité de fait

- Portefeuille de valeur mobilière, 276
- Fonds de commerce, v. *Fonds de commerce*

Usufruit, 288 et s.

Utilité,

- Biens utiles à l'activité professionnelle 12, 32 et s., 41, 56
- Dettes utiles à l'activité professionnelle, 178
- du patrimoine professionnel, 97

V

Volonté, 9, 33, 34, 39, 41, 260, 261, 398

Table des matières

<i>Remerciements</i> :	3
<i>Sommaire</i> :	5
<i>Introduction</i>	7
<i>Partie 1 : L'accueil du statut de l'entrepreneur individuel en droit des régimes matrimoniaux</i>	19
<i>Titre 1 : L'insuffisant renvoi légal aux règles classiques de pouvoirs des régimes matrimoniaux</i>	23
<i>Chapitre 1 : En présence d'un entrepreneur individuel marié sous le régime légal</i>	23
Section I : Les pouvoirs relatifs à l'entrée d'un bien commun dans le patrimoine professionnel	24
§1- Une mise en patrimoine professionnel subordonnée à l'accord du conjoint sous le régime de l'EIRL.....	24
§2- Une mise en patrimoine professionnel sans intervention du conjoint sous le régime de l'EI	26
A) L'entrée automatique dans le patrimoine professionnel des biens utiles à l'activité	26
B) L'éclipse du conjoint de l'entrepreneur lors de la mise en patrimoine professionnel d'un bien commun	27
1) Les arguments en faveur de la cogestion	27
2) Les arguments contre la cogestion	30
Section II : Les pouvoirs consécutifs à l'entrée de biens dans l'un des patrimoines de l'entrepreneur individuel.....	34
§1- Des règles classiques généralement adéquates.....	35
A) La gestion des biens communs à l'entrepreneur individuel et son époux	35
1) Les règles de gestion des biens communs.....	35
2) L'application au statut de l'entrepreneur individuel	36
a) La gestion des biens communs du patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel	36
b) La gestion des biens communs du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel	37
B) La gestion des biens propres à l'entrepreneur individuel.....	38
1) Les règles de gestion des biens propres.....	38
2) L'application au statut de l'entrepreneur individuel	39
§2- Des règles classiques ponctuellement génératrices d'incertitudes	39
A) Pouvoirs du conjoint de l'EI et renonciation à la séparation des patrimoines	40
1) La difficile application des règles classiques de pouvoirs à la renonciation	42
a) La mise à l'écart de la cogestion	42
b) La gestion exclusive possible mais critiquable	42
c) La gestion concurrente inadaptée.....	43
2) La nécessaire intervention législative.....	44
a) Ériger la renonciation en nouveau cas de cogestion	45
b) Moduler les effets de la renonciation suivant la volonté du conjoint de l'EI.....	46
B) Pouvoirs du conjoint de l'EI et transfert universel du patrimoine professionnel.....	48
1) La question de l'applicabilité des règles classiques de pouvoirs des régimes matrimoniaux	49
a) La controverse principale : la qualification du patrimoine professionnel en tant que bien.....	50

α) Les arguments contre la réification du patrimoine	50
β) Les arguments en faveur de la réification du patrimoine	51
b) La controverse dérivée : la soumission du patrimoine à la dichotomie bien propre / bien commun	53
α) Le patrimoine professionnel, un bien propre ou commun.....	54
β) Le patrimoine professionnel, un bien <i>sui generis</i>	56
2) La recherche de règles de pouvoirs spécifiques au transfert du patrimoine professionnel.....	57
Chapitre 2 : En présence d'un entrepreneur individuel marié sous un régime conventionnel	61
Section I : Les règles de pouvoirs pour l'entrepreneur individuel marié sous un régime conventionnel séparatiste.....	62
§1- L'articulation généralement aisée entre le statut de l'EI et les règles de pouvoirs.....	62
§2- L'articulation exceptionnellement complexe entre le statut de l'EI et les règles de pouvoirs	63
A) Les difficultés d'articulation afférentes à tous les régimes séparatistes	63
1) Difficultés liées à l'attrait d'une partie du logement de la famille dans le patrimoine professionnel de l'EI.....	64
2) Difficultés liées à l'attrait de biens indivis dans le patrimoine professionnel de l'EI.....	65
B) Les difficultés d'articulation spécifiques au régime de participation aux acquêts.....	67
Section II : Les règles de pouvoirs pour un entrepreneur individuel marié sous le régime de la communauté universelle	68
Titre 2 : L'inopportun silence légal sur le passif du couple	71
Chapitre 1 : En présence d'un entrepreneur individuel marié sous le régime légal	71
Section I : La délimitation sinieuse du droit de gage général des créanciers.....	72
§1 - La délimitation du droit de gage des créanciers de l'entrepreneur individuel	72
A) La délimitation en présence de dettes propres par nature à l'entrepreneur individuel	73
B) La délimitation en présence de dettes ménagères, alimentaires ou ordinaires	75
§2- La délimitation du droit de gage des créanciers de l'époux de l'entrepreneur individuel.	76
A) Les créanciers personnels du conjoint de l'entrepreneur individuel.....	76
B) Les créanciers professionnels du conjoint de l'entrepreneur individuel.....	80
Section II : Le cas particulier des dettes issues de cautionnements	81
§1- La dette de cautionnement entre époux.....	82
A) L'entrepreneur individuel, caution de son conjoint	82
1) Le cautionnement souscrit par l'entrepreneur individuel seul.....	83
2) Le cautionnement souscrit par l'entrepreneur individuel avec accord exprès de son époux.....	85
B) L'entrepreneur individuel, cautionné par son conjoint	86
1) Le conjoint de l'entrepreneur individuel cautionnant son époux sans l'accord exprès de celui-ci.	87
2) Le conjoint de l'entrepreneur individuel cautionnant son époux avec l'accord exprès de celui-ci	88
§2- La dette de cautionnement au profit d'un tiers	89
A) L'entrepreneur individuel, caution d'un tiers	90
B) Le conjoint de l'entrepreneur individuel, caution d'un tiers	91
1) Le cautionnement souscrit par le conjoint de l'EI seul	91

2) Le cautionnement souscrit par le conjoint de l'entrepreneur individuel avec le consentement de son époux	93
Chapitre 2 : En présence d'un entrepreneur individuel marié sous un régime conventionnel	95
Section I : Le passif du couple pour un entrepreneur individuel marié sous un régime conventionnel séparatiste.....	95
§1- Assiette du gage en cas d'obligation personnelle à l'entrepreneur individuel.....	95
A) Hypothèse de patrimoines composés uniquement de biens ayant l'EI pour seul propriétaire	96
B) Hypothèse de patrimoines mélangeant des biens dont l'EI a la propriété exclusive et des biens indivis	97
§2- Assiette du gage en cas d'obligation solidaire entre l'entrepreneur individuel et son conjoint.....	98
A) La dette ménagère de l'article 220 du Code civil.....	98
B) La dette d'impôt sur le revenu.....	100
Section II : Le passif du couple pour un entrepreneur individuel marié sous le régime de la communauté universelle	101
§1- Assiette du gage du créancier de l'EI marié sous la communauté universelle.....	102
§2- Assiette du gage du créancier du conjoint de l'EI marié sous la communauté universelle	103
Conclusion de la partie 1 :	105
Titre 1 : Les libéralités consenties par l'entrepreneur individuel	109
Chapitre 1 : La donation, objet d'une législation riche.....	109
Section I : Le jeu des seules règles classiques des libéralités pour la donation d'un élément isolé du patrimoine personnel ou professionnel.....	110
§1- Le respect des conditions de forme.....	111
§2- Le respect des conditions de fond	112
Section II : Le jeu de règles spécifiques pour la donation du patrimoine professionnel dans son ensemble	113
§1- L'incidence du transfert d'une universalité de droit sur la qualification de la donation	115
A) Le rejet de la qualification systématique de donation avec charge.....	115
B) Les types et les formes envisageables de donation	117
1) La conciliation complexe de certains types de donation avec le transfert intégral du patrimoine professionnel.....	118
a) L'incompatibilité avec le transfert par donation-partage	118
b) La compatibilité complexe avec le transfert par donation successive	120
α- La conciliation très difficile avec la donation graduelle.....	121
β- La conciliation plus aisée avec la donation résiduelle	127
c) L'incompatibilité avec le transfert par donation de la nue-propriété ou de l'usufruit.....	128
2) L'incompatibilité du don manuel avec le transfert intégral du patrimoine professionnel	129
§2- Le régime propre à la donation intégrale du patrimoine professionnel	130
A) La symétrie critiquable des conditions relatives aux parties	131

B) La protection perfectible des tiers à la cession.....	133
1) Le perfectionnement souhaitable en matière d'information des tiers.....	133
a) Une publicité actuellement limitée au transfert accompli.....	133
b) Une publicité extensible au projet de cession.....	134
2) Le perfectionnement souhaitable en manière d'opposition.....	135
a) En ce qui concerne le domaine du droit d'opposition.....	136
α- Les conditions relatives à la personne de l'opposant.....	136
β- Les conditions relatives à la créance de l'opposant.....	137
b) En ce qui concerne le régime du droit d'opposition.....	139
α- Les imperfections rédactionnelles de l'article L. 526-28 du Code de commerce.....	139
β- Les imperfections relationnelles nées de la combinaison avec les règles de cession de dettes.....	144
Chapitre 2 : Le legs, grand oublié.....	146
Section I : Les interrogations relatives à l'étendue du legs.....	147
§1- Étendue du legs à titre universel consenti par un EI.....	147
§2- Étendue du legs universel consenti par un EI.....	147
Section II : Les interrogations relatives à l'exécution et à la qualification du legs.....	148
§1- Le legs par l'EI de tous les biens d'un de ses patrimoines.....	148
§2- Le legs du patrimoine professionnel.....	150
Titre 2 : La succession de l'entrepreneur individuel.....	153
Chapitre 1 : Le sort des patrimoines personnel et professionnel au décès de l'EI.....	153
Section I : La réunion de principe des patrimoines.....	153
§1- L'incidence sur l'option successorale.....	154
§2- L'incidence sur le droit de gage des créanciers successoraux.....	154
A) Le décloisonnement du droit de gage au décès de l'EI.....	154
B) Les avantages et inconvénients du droit de gage des créanciers successoraux.....	156
1) L'extension de l'assiette du droit de gage.....	156
2) La concurrence entre les créanciers professionnels et personnels de l'entrepreneur individuel.....	156
Section II : Le maintien exceptionnel d'une séparation des patrimoines.....	158
§1- L'exception prévue en droit des entreprises en difficulté.....	158
A) Le domaine de l'exception.....	159
1) L'ouverture <i>post mortem</i> d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire.....	159
2) Le décès de l'entrepreneur individuel en cours de procédure collective.....	159
B) Les conséquences du maintien de la séparation des patrimoines.....	161
1) L'incidence sur l'option successorale.....	161
2) L'incidence sur le droit de gage des créanciers.....	164
a) En cas d'acceptation pure et simple.....	164
α- En cas d'acceptation pure et simple du patrimoine personnel.....	165
β- En cas d'acceptation pure et simple du patrimoine professionnel.....	166
b) En cas d'acceptation à concurrence de l'actif net.....	167
c) En cas de renonciation.....	168
§2- L'absence d'exception tenant à la poursuite <i>post mortem</i> de l'activité par un héritier ...	169
A) Une exception admise sous la loi du 15 juin 2010.....	170
B) Une exception abandonnée sous la loi du 14 février 2022.....	171
1) Critiques.....	171

2) Solutions concevables	172
a) L'ajout possible par le législateur d'un second cas de maintien de la séparation patrimoniale au décès	172
b) Les solutions alternatives dispensant le législateur d'intervenir	173
α- L'attribution préférentielle de l'entreprise individuelle	173
β- La donation universelle du patrimoine professionnel	174
Chapitre 2 : Les restitutions successorales consécutives à la donation intégrale du patrimoine professionnel	176
Section I : Les difficultés d'évaluation du patrimoine professionnel donné	176
§1- Exposé du problème	177
§2- Solutions proposées.....	178
A) Établir une présomption d'imputation des plus-values au donataire.....	178
B) Éviter la recherche de l'origine de la plus ou moins-value	180
1) Utiliser une autre méthode d'évaluation	180
2) Écarter le rapport et la réduction de la donation du patrimoine professionnel.....	181
Section II : Les difficultés liées à la restitution en nature du patrimoine professionnel donné	183
Conclusion de la partie 2 :	185
Conclusion générale	187
Bibliographie.....	189
Index :.....	199