

MÉMOIRE DE FIN D'ÉTUDES

LA DÉSUBJECTIVATION DES PROCÉDURES COLLECTIVES

SOUS LA DIRECTION DE
MONSIEUR LE PROFESSEUR KARL LAFAURIE



UNIVERSITÉ DE LIMOGES – FACULTÉ DE DROIT
MASTER II DROIT DE L'ENTREPRISE ET DU PATRIMOINE PROFESSIONNEL
ANNÉE UNIVERSITAIRE : 2022 – 2023



Université
de Limoges

Année universitaire 2022 - 2023

LA DESUBJECTIVATION DES PROCEDURES COLLECTIVES

Présenté par Naomie COUTURIER

Numéro d'étudiant : XXX

Sous la direction de Monsieur Karl LAFAURIE, Professeur des universités –
Agrégré de droit privé et sciences criminelles

Mémoire présenté le 27/06/2023, devant un jury composé de :

Karl LAFAURIE, Professeur des universités – Agrégé de droit privé et sciences
criminelles

Thierry LEOBON, Maître de conférences en droit privé – Responsable du Master
Droit de l'Entreprise et du Patrimoine Professionnel

François DROUIN, Ancien Administrateur Judiciaire, Chargé de mission Unité
Entreprises en Retournement à la Région Nouvelle Aquitaine

Mémoire de Master II Droit de l'Entreprise et du Patrimoine Professionnel

REMERCIEMENTS

Je tenais tout particulièrement à remercier mon directeur de recherches, le Professeur Karl LAFAURIE, de m'avoir suggéré la voie du mémoire. Aussi et surtout, ce furent sa disponibilité, ses conseils avisés ainsi que son érudition partagée tout au long de ce cursus de master qui m'eurent été précieux.

De plus, mes remerciements vont à M. Thierry LEOBON, responsable du Master Droit de l'Entreprise et du Patrimoine Professionnel, lequel a su faire preuve d'une grande pédagogie et d'une écoute tout aussi remarquable.

Ce travail de recherches signant l'aboutissement de cinq ans d'études supérieures, je trouvais important d'adresser mes sincères remerciements à tous les enseignants et professionnels que j'ai pu rencontrer et qui, chacun à leur manière, m'ont permis d'étoffer mes connaissances, d'aiguiser mon sens critique et d'éveiller en moi cette curiosité qui ne saura s'éteindre.

Enfin, que soient remerciés Clément, mon compagnon, ainsi que ma famille et mes plus proches amis pour le soutien moral sans faille qu'ils m'ont toujours apporté et qui s'est révélé être d'une aide fondamentale à ma réussite universitaire. J'ai enfin une pensée particulière pour Franck et Wendy, ces ex-camarades de classe devenus amis chers à mon cœur : que ces inépuisables débats d'idées ne prennent jamais fin et que l'on contribue ensemble à rendre ce monde meilleur !

Droits d’auteur :

Cette œuvre est mise à disposition selon les termes de la **Licence Creative Commons Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International**,

(disponible via : <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>).



LISTE DES ABRÉVIATIONS

A.	Arrêté
<i>Act. proc. coll.</i>	Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales
al.	Alinéa
art.	Article
art. préc.	Article précité
B	Publié au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
<i>BJE</i>	<i>Bulletin Joly Entreprises en difficulté</i>
<i>BJS</i>	<i>Bulletin Joly Sociétés</i>
C. Civ.	Code civil
C. Com.	Code de commerce
C. Consom.	Code de la consommation
C.P.C.E	Code des procédures civiles d'exécution
C. Rur.	Code rural et de la pêche maritime
CA	Cour d'appel
Civ.	Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation
Com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Crim.	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
CC°	Conseil Constitutionnel
<i>Cf.</i>	<i>Confer</i> (se référer à)
coll.	Collection
comp.	Comparer
<i>contra</i>	En sens contraire
D.	<i>Recueil Dalloz</i>
dir.	Sous la direction de
<i>DH</i>	<i>Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz</i>
EIRL	Entrepreneur individuel à responsabilité limitée
éd.	Édition
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (au même endroit)
<i>infra</i>	Ci-dessous
<i>JCP E</i>	<i>Juris-Classeur Périodique (La semaine juridique), édition entreprise</i>
<i>JCP G</i>	<i>Juris-Classeur Périodique (La semaine juridique), édition générale</i>

<i>JCP N</i>	<i>Juris-Classeur Périodique (La semaine juridique), édition notariale</i>
L.	Loi
<i>LEDEN</i>	<i>L'Essentiel Droit des entreprises en difficulté</i>
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
n ^{os}	Numéro(s)
not.	Notamment
obs.	Observations
<i>op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i> (œuvre citée)
p.	Page
PULIM	Presses universitaires de Limoges
rapp.	Rapport
rappr.	Rapprocher de
<i>RD rur.</i>	<i>Revue de droit rural</i>
<i>Rev. soc.</i>	<i>Revue des sociétés</i>
<i>RLDA</i>	<i>Revue Lamy droit des affaires</i>
<i>RPC</i>	<i>Revue des procédures collectives</i>
s.	Suivants
<i>supra</i>	Ci-dessus
V.	Voir

SOMMAIRE

Introduction : Atteinte progressive à la théorie du patrimoine

PREMIÈRE PARTIE

LA PLACE DES BIENS DANS UNE PROCEDURE COLLECTIVE DESUBJECTIVEE

CHAPITRE 1 : Le cantonnement de l'effet réel de la procédure en contemplation de la dualité patrimoniale

Section I : Le patrimoine en tant qu'objet de la procédure collective

Section II : L'effet de la procédure sur les créanciers

CHAPITRE 2 : La quasi-renaissance de l'effet réel de la procédure en contemplation de l'unité procédurale

Section I : Des hypothèses multiples de procédures appréhendant les deux patrimoines

Section II : Des ajustements nécessaires

SECONDE PARTIE

LA PLACE DU DEBITEUR DANS UNE PROCEDURE DESUBJECTIVEE

CHAPITRE 1 : L'ancrage de l'effet personnel de la procédure collective dès son ouverture

Section I : Le débiteur en tant que sujet de la procédure collective

Section II : L'effet de la procédure sur le débiteur

CHAPITRE 2 : La recrudescence de l'effet personnel de la procédure collective à sa clôture

Section I : Le pardon du chef d'entreprise méritant : le rebond

Section II : Le châtement du chef d'entreprise coupable : les sanctions

Conclusion générale : Une désubjectivation partielle des procédures collectives

INTRODUCTION :

ATTEINTE PROGRESSIVE A LA THEORIE DU PATRIMOINE

1. L'entrepreneur individuel ou incarnation pathologique dans le monde des affaires. À l'aune d'une théorie¹ faisant large consensus chez les auteurs, juges et législateurs, comment réussir à considérer – si ce n'est prudemment – la situation d'une personne qui se trouverait à la tête de deux patrimoines, chacun tirant leur existence de deux mondes bien distincts ? Si la coexistence de plusieurs états au sein d'une même personne peut relever de la pathologie, un raisonnement par analogie ne mènerait-il pas à qualifier d'anormal le statut de du nouvel entrepreneur individuel qui se trouve automatiquement doté d'un patrimoine professionnel, en sus d'un patrimoine personnel ?² Tyler Durden, personnage ô combien énigmatique sorti tout droit de l'imaginaire du narrateur de « Fight Club », l'avait déjà annoncé à la veille du XXI^e siècle : « *les biens que l'on possède finissent par nous posséder* »³.

2. Présentation de la théorie du patrimoine. La théorie précitée est l'œuvre de Charles AUBRY et Charles RAU⁴, qui considéraient que le patrimoine est l'émanation de la personne⁵, et qu'en ce sens, il représente une « *universalité de droit* »⁶, autrement dit un ensemble composé des biens et dettes⁷ d'une même personne. De ces considérations résultent le triptyque selon lequel seules les personnes, physiques ou morales, ont un patrimoine, toute personne, même si elle ne dispose pas de biens, a un patrimoine et la personne n'a qu'un seul patrimoine, lequel est indivisible⁸.

La conséquence majeure de cette théorie pourrait se résumer à l'aide de la règle selon laquelle « *qui s'oblige oblige le sien* » puisque, dans la mesure où « *chacun doit assumer pleinement les conséquences de ses actes* »⁹, lorsqu'une personne contracte une dette, ses créanciers ont un droit de gage général¹⁰ sur son entier patrimoine. Ainsi, comme le soulève le professeur Guillaume WICKER, dans l'esprit de cette théorie, « *le patrimoine n'est finalement que la représentation, sur le terrain pécuniaire, de la personne* »¹¹.

¹ V. *infra*, n° 2

² La même question peut évidemment se poser avec le statut de l'EIRL.

³ D. FINCHER, *Fight Club* (1999)

⁴ C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, revu par E. BARTIN, Marchel et Billard éd., t. IX, 5e éd., 1917

⁵ *Ibid.*, §573, 4°, p. 335

⁶ *Ibid.*, §573, p. 331

⁷ *Contra* T. REVET, La désubjection du patrimoine : D. 2022, p. 469, n°17-18, pour qui le patrimoine ne saurait contenir des dettes puisque celui-ci a précisément vocation à les garantir.

⁸ C. AUBRY et C. RAU, *op. cit.*, §573, 4°, p. 336

⁹ V. T. REVET, art. préc., n° 2

¹⁰ C. Civ., art. 2284 et 2285

¹¹ G. WICKER, *17e Conférence Albert-Mayrand - La notion de patrimoine* : Thémis, 2015, n° 2.

3. Unicité du patrimoine et traitement des difficultés économiques. Puisque le patrimoine est consubstantiel à la personne¹² et que les procédures, instituées d'une part par le Livre VI du Code de commerce et d'autre part par le Livre VII du Code de la consommation, visent à appréhender les difficultés économiques grevant le patrimoine d'une personne, il serait utile d'ajouter cette dernière équation au système : une personne équivaut à un patrimoine, qui équivaut encore à une procédure de traitement des difficultés.

Ainsi – on l'aura compris –, lorsqu'une personne physique ou morale est sujette à des difficultés et se voit par exemple ouvrir une procédure collective¹³, c'est en principe son entier patrimoine qui est appréhendé par celle-ci et qui forme l'assiette du droit de gage des créanciers admis à la procédure. Telle est en tout cas la règle qui préside les procédures ouvertes à l'égard d'une personne morale et qui présidait celles ouvertes à l'égard d'un entrepreneur lorsque sa responsabilité était illimitée. Toutefois, cet impératif moral voulant que chacun réponde de ses engagements sur son entier patrimoine est apparu dangereux, particulièrement pour les entrepreneurs individuels, pour la plupart desquels les difficultés financières n'étaient pas nécessairement le résultat de fautes mais parfois d'événements sur lesquels ils n'avaient aucun contrôle, tel qu'un retournement de conjoncture. Ainsi, si l'article 2284 du Code civil demeure bel et bien le fondement de notre modèle économique, nombreux sont les moyens qui furent inventés pour limiter son impact sur l'entrepreneur.

4. EURL, EARL¹⁴ unipersonnelle et SASU¹⁵ : les premières à ouvrir le bal de la remise en cause. À première vue, la possibilité offerte à partir de 1985 de créer des sociétés unipersonnelles¹⁶ n'a pas écorné le principe d'unicité du patrimoine. En effet, si avec la création d'une telle structure, il cohabitait deux patrimoines distincts, il cohabitait aussi deux personnes distinctes : l'associé unique (personne physique) et la structure sociétale (personne morale). Cependant, dans les faits, une société unipersonnelle n'associe personne : l'associé unique est donc en réalité titulaire de deux patrimoines dont l'un est ni plus ni moins qu'un patrimoine professionnel¹⁷. À ce stade-ci, les rédacteurs de la loi ont préféré sacrifier la définition originale de la société¹⁸ plutôt que de porter une atteinte frontale à la théorie du patrimoine en consacrant celle du patrimoine d'affectation. Néanmoins, s'il existait un bal réunissant les atteintes à la

¹² « L'idée de patrimoine se déduit directement de celle de la personnalité » (AUBRY et RAU, *op. cit.*, §573, p. 333 et s.)

¹³ Définie comme étant un « terme générique désignant toute procédure dans laquelle le règlement des dettes et la liquidation éventuelle des biens du débiteur ne sont pas abandonnés à l'initiative individuelle de chaque créancier, mais organisés de manière à ce que tous les créanciers puissent faire valoir leurs droits » (G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, LGDJ, 14^e éd., 2022, p. 190)

¹⁴ V. L. n° 85-697 du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée ; C. Com., art. L. 223-1 s. (EURL) et C. Rur., art. L. 324-1 s. (EARL)

¹⁵ V. L. n° 99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche ; C. Com., art. L. 227-1 s.

¹⁶ Sous réserve d'adaptations, de telles formes sociales sont aussi ouvertes aux membres des professions libérales réglementées, V. L. n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales

¹⁷ Dans le même sens, V. G. WICKER, *op. cit.*, n° 14.

¹⁸ V. C. Civ., art. 1832 (dans sa rédaction antérieure à la loi précitée)

pensée d'AUBRY et RAU, les sociétés unipersonnelles seraient les premières à ouvrir les festivités en poussant une porte qui demeurerait close jusque-là et qu'elles ne refermeraient pas derrière elles¹⁹...

Et puisque cette entremise de la personne morale visait à offrir une protection à l'entrepreneur²⁰, certains créanciers majeurs n'hésitèrent pas à œuvrer pour que la balance ne penche pas en leur défaveur. Notamment, il était fait un recours accru au cautionnement par l'associé unique de sa société unipersonnelle dans le cadre de l'octroi de financements par les établissements bancaires, ce qui permettait de faire tomber l'écran de la personne morale.

5. Droit de gage général amputé du fait d'insaisissabilités. Dans un premier temps, le régime de l'insaisissabilité²¹ n'a cessé d'évoluer dans le sens d'une mise à l'écart des biens immeubles de l'entrepreneur personne physique du gage de ses créanciers professionnels. Si à l'origine, il lui était offert la possibilité de déclarer insaisissables ses droits sur l'immeuble où était fixée sa résidence principale²², il a pu, quelques années plus tard, user de cette possibilité pour tout autre bien foncier bâti ou non bâti, dès lors que ce même bien n'était pas affecté à l'usage professionnel²³. Enfin, par une loi de 2015²⁴, la résidence principale est devenue de droit insaisissable par les créanciers professionnels de l'entrepreneur, lequel restait libre de déclarer insaisissables ses droits sur tout autre bien foncier non affecté à l'activité professionnelle. L'objectif de ces insaisissabilités était d'offrir une protection minimale à l'entrepreneur individuel, lequel engageait son entier patrimoine dans l'exercice de ses activités professionnelles. Qu'ils soient insaisissables de droit ou sur déclaration notariée, la sortie de ces biens du droit de gage général des créanciers professionnels écorne grandement la théorie du patrimoine et avec elle, l'effet réel de la procédure collective²⁵. Mais, au fond, quel principe ne souffre d'aucune exception ?

Là encore, un moyen pour certains créanciers de rétablir l'équilibre est le recours à la renonciation, laquelle pourra même s'avérer être la condition *sine qua non* pour que l'entrepreneur puisse avoir accès à un crédit. Dans une situation telle, l'entrepreneur ne serait sans doute pas en mesure de refuser cette renonciation s'il espère obtenir un financement pour réaliser des investissements ou, plus largement, développer son activité.

¹⁹ Rapp. T. REVET, art. préc., n° 3, qui considère que le législateur, s'il a cru épargner le principe de l'unité du patrimoine en consacrant les entreprises unipersonnelles, l'a en fait condamné. V. aussi F.-X. LUCAS, Vers le patrimoine professionnel de l'entrepreneur : LEDEN 2021, n°11, p. 1

²⁰ Y. JUDEAU et T. LEOBON, Des prémices à la reconnaissance du patrimoine professionnel : JCP N 2022, 1156, n° 9, pour lesquels cette création de personne morale est « d'une efficacité remarquable » sur ce point.

²¹ V. C. Com., art. L. 526-1 s.

²² V. L. n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique

²³ V. L. n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie

²⁴ V. L. n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi « Macron »

²⁵ V. *infra* n° 11

6. Échec de la consécration du patrimoine d'affectation par l'EIRL. Si l'on met de côté la fiducie²⁶, la théorie du patrimoine d'affectation trouve sa première grande application avec le régime de l'EIRL²⁷. Avant qu'il ne soit « mis en extinction »²⁸, ce statut pour le moins « iconoclaste »²⁹ permettait à une personne exerçant une activité économique indépendante d'affecter dans un patrimoine appelé « patrimoine affecté » les biens nécessaires³⁰ à son activité professionnelle³¹, avec cette particularité que l'entrepreneur pouvait être à la tête d'autant de patrimoines affectés qu'il avait d'activités. Cette scission patrimoniale était synonyme de protection pour l'entrepreneur puisque ses créanciers professionnels ne pouvaient en théorie qu'agir sur le patrimoine affecté et ses créanciers personnels sur le patrimoine non affecté. C'est sans conteste que ce régime « *heurte la conception subjective du patrimoine voulant que celui-ci soit « l'émanation de la personnalité* »³². À défaut d'opter pour l'EIRL, c'était le régime de l'entrepreneur individuel qui s'appliquait d'office³³, régime bien moins protecteur en ce qu'il n'impliquait aucune scission patrimoniale et que par conséquent, l'entrepreneur engageait son entier patrimoine par l'exercice de son activité³⁴. À l'origine, pour bénéficier du statut de l'EIRL, l'entrepreneur devait se soumettre à quelques formalités : opter pour le régime, avant de réaliser une déclaration d'affectation³⁵. Malgré de nombreuses mesures de simplification³⁶, ce régime fut un échec : alors que 100 000 EIRL étaient attendues fin 2012, on en dénombrait seulement 97 174 à la fin du mois de juin 2021³⁷. Plusieurs raisons expliquent cet insuccès, notamment son formalisme qui pouvait apparaître trop complexe, sa protection relative ou encore le manque de communication et de mise en valeur du régime³⁸.

²⁶ V. L. n° 2007-211 du 19 février 2007 instaurant la fiducie ; C. Civ., art. 2011 s. ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés* : LexisNexis, 34^e éd., 2021, p. 36 s., n° 105 s.

²⁷ V. L. n° 2010-658 du 15 juin 2010 ; C. Com., art. L. 526-5-1 s.

²⁸ V. *infra* n° 7

²⁹ Pour reprendre le terme employé par MM. JUDEAU et LEOBON (art. préc., n° 7), qu'ils utilisèrent pour qualifier les méthodes qui, pour protéger l'entrepreneur, consistent à le doter de plusieurs patrimoines.

³⁰ Que l'art. R. 526-3-1 du Code de commerce comprenait comme ceux « *qui, par nature, ne peuvent être utilisés que dans le cadre de cette activité* ».

³¹ Les biens nécessaires étaient obligatoirement affectés tandis que pouvaient être affectés de manière facultative les biens utilisés.

³² Y. JUDEAU et T. LEOBON, art. préc., n° 18

³³ V. C. Com., art. L. 526-5-1

³⁴ Hors biens insaisissables.

³⁵ V. C. Com., art. L. 526-7 s.

³⁶ V. L. n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, dite « loi Pinel », v. not. V. LEGRAND, EIRL : coup de théâtre ou énième épisode d'un mauvais feuilleton ? : D. 2013, p. 1971 ; L. n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « loi Sapin II » ; L. n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite « loi PACTE », V. not. X. DELPECH, Loi PACTE : une nouvelle réforme pour l'EIRL : *Dalloz actualité*, 2019

³⁷ V. Projet de loi en faveur de l'activité professionnelle : Exposé des motifs, p. 3

³⁸ Une enquête dans les Hauts-de-France lancée en juillet 2019 faisait ressortir qu'un tiers de ceux qui exerçaient en tant qu'entrepreneurs individuels ignoraient l'existence de l'EIRL.

D'ailleurs, il est à souligner qu'un concept de « propersonnalité »³⁹ avait été présenté lors du 105^{ème} Congrès des notaires qui se tenait à Lille en mars 2009. Cette notion était présentée comme le « *supplément d'âme du patrimoine professionnel* » en ce qu'il s'agirait d'une « *capacité juridique supplémentaire ouverte à tout professionnel indépendant dès son immatriculation* » et qui permettrait une « *différenciation cohérente des patrimoines et des responsabilités entre les sphères professionnelle et privée de l'individu* ». Toutefois, cette idée n'a pas été retenue lors de l'instauration de l'EIRL en 2010, la principale critique ayant été formulée à son égard étant qu'elle présentait un risque de dénaturation de la notion de personnalité juridique, ce que nous ne saurions contredire.

7. Réforme de l'EIRL automatique : renfort de la protection face à l'essor de l'entrepreneuriat. La loi du 14 février 2022⁴⁰ crée un nouveau statut pour l'entrepreneur individuel, entré en vigueur depuis le 15 mai 2022. À partir de cette date, il n'est plus possible d'opter pour le statut de l'EIRL, lequel est abrogé⁴¹. De plus, il n'est plus permis depuis le 15 août 2022 de transmettre à un héritier ou ayant droit le patrimoine affecté⁴², de sorte que le régime subira avec le temps une réelle mise en extinction⁴³. Avec ce nouveau statut, tout entrepreneur individuel⁴⁴ se voit automatiquement et sans formalité particulière doté d'un second patrimoine : un patrimoine professionnel, lequel est constitué des « *biens, droits, obligations et sûretés dont il est titulaire et qui sont utiles à son activité ou à ses activités professionnelles indépendantes* »⁴⁵. Tout comme pour l'EIRL, cette dualité patrimoniale cloisonnera les droits de gage des créanciers en fonction des patrimoines, de sorte qu'un créancier personnel ne peut en théorie qu'agir sur le patrimoine personnel⁴⁶ et inversement pour le créancier professionnel. Ce qui, en revanche, distingue les deux régimes, c'est le critère retenu pour le rattachement des biens de l'entrepreneur à tel ou tel patrimoine puisqu'avec celui de l'utilité, le débiteur n'est pas maître de la compartimentation patrimoniale⁴⁷, à tel point qu'il ne peut pas – comme le pouvait l'EIRL – être à la tête de plusieurs patrimoines professionnels.

³⁹ V. E. DUBUISSON, Patrimoines affectés, avez-vous donc une âme ? : D. 2013, p. 792 ; V. aussi, plus récemment : 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, n° 22-23, 1173, n° 3

⁴⁰ V. L. n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante ; C. Com., art. L. 526-22 s.

⁴¹ L. n° 2022-172, art. 6, II

⁴² V. C. Com., art. L. 526-16, abrogé. Toutefois, la cession du patrimoine affecté à une personne physique est toujours possible mais elle n'emportera pas affectation si le cessionnaire est un entrepreneur individuel, V. not. A. ARNAUD-EMERY, Activité professionnelle indépendante – Adieu l'EIRL ! : JCP N 2022, act. 528

⁴³ Pourtant, certains avaient plaidé en faveur d'un maintien et d'une amélioration du régime de l'EIRL, V. not. Avis (CE) sur un projet de loi en faveur de l'activité professionnelle indépendante, sept. 2021, note n° 8 *in fine* ; M.-L. COQUELET, La fin de l'EIRL ? : RPC n° 2, Mars-avril 2023, art. 8, n° 11 ; Cl. FAVRE-ROCHEX, Le nouveau patrimoine professionnel : JCP E 2022, 1136, n°18

⁴⁴ Défini comme étant une « *personne physique qui exerce en son nom propre une ou plusieurs activités professionnelles indépendantes* » (C. Com., art. L. 526-22, al. 1^{er}).

⁴⁵ C. Com., art. L. 526-22, al. 2.

⁴⁶ Lequel est constitué des éléments qui ne sont pas compris dans le patrimoine professionnel (*ibid*).

⁴⁷ V. not. Y. JUDEAU et T. LEOBON, art. préc., n° 2

Jusque-là, le statut du nouvel entrepreneur individuel est facilement comparable à un EIRL automatique⁴⁸ mais alors, pourquoi imposer aux entrepreneurs ce qu'ils n'avaient visiblement pas souhaité ? Ces dernières années, du fait de changements dans les aspirations individuelles – portées notamment par les nouvelles générations –, le travail indépendant est en essor constant. Alors, si la France compte aujourd'hui pas moins de 2,8 millions de travailleurs indépendants auxquels on rajoutera les 444 000 personnes du secteur agricole exerçant une activité non salariée à titre principal ou en complément d'activité, ce chiffre n'est certainement pas amené à stagner et encore moins à décroître. Cela couplé avec le faible recours aux EIRL, une absence totale de réforme aurait conduit à ce qu'une grande partie des entrepreneurs individuels continuent d'être très faiblement protégés s'agissant de leurs biens personnels. Il apparaît même que bon nombre d'entrepreneurs prenaient conscience de cette absence de protection au moment le plus tard venu : la survenance de difficultés économiques⁴⁹, lesquelles peuvent amener à bien plus que la « simple perte » d'une entreprise⁵⁰. Avec ces dernières années, marquées notamment par la crise sanitaire ou la guerre en Ukraine, le principe d'unité du patrimoine se révéla dangereux pour les entrepreneurs en nom propre n'ayant pas opté pour le régime de l'EIRL. La loi du 14 février 2022 vient alors répondre au besoin exprimé par les entrepreneurs de voir leurs biens personnels mis à l'abri en cas de défaillance économique⁵¹, protection qui, pour certains, serait de trop⁵².

8. Politique : instrumentalisation et stratégie. La création du statut unique de l'entrepreneur individuel est la mesure phare du plan de soutien aux indépendants, porté par le Président de la République⁵³. Au-delà de l'objectif de protection que l'on aura tous retenu, il semblerait que ce nouveau statut poursuive – subsidiairement, certainement – un tout autre but : l'entrepreneuriat étant de plus en plus perçu comme une alternative au salariat⁵⁴, le nouveau statut de l'entrepreneur individuel, dont sa promotion comme étant un moyen d'entreprendre « sans risque », serait instrumentalisé « *afin d'atteindre l'objectif de plein-emploi* »⁵⁵.

⁴⁸ Plus précisément, il serait une fusion entre l'EIRL et l'insaisissabilité de droit de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, V. en ce sens X. DELPECH, Consécration du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel, *Dalloz actualité*, 2022 ; S. PIEDELIEVRE, Premières remarques sur la loi du 14 février 2022 en faveur de l'activité indépendante : JCP N 2022, 30. Aussi, même si le nouveau régime de l'entrepreneur individuel est qualifié d'EIRL automatique, de nombreux éléments divergent entre l'un et l'autre.

⁴⁹ V. not. CA Lyon, 25 mai 2020, n° 20/00058 ; CA Bastia, 13 janv. 2021, n° 18/00989

⁵⁰ V. MARTINEAU-BOURGNINAUD, La défaillance économique du chef d'entreprise – à l'aune de la loi du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante : *RPC* n°2, Mars-avril 2023, art. 7, qui évoque « l'enfer des 3D » que sont le dépôt de bilan, le divorce et la dépression.

⁵¹ V. Rapp. Sénat n° 54 (2021-2022), 13 oct. 2021, de M. Christophe-André FRASSA, p. 6

⁵² V. not. V. PERRUCHOT-TRIBOULET, Le risque de perte du crédit bancaire par la limitation du risque professionnel de l'entrepreneur individuel : *RPC* n° 2, Mars-avril 2023, art. 16

⁵³ V. not. A. ARNAUD-EMERY, La réforme applicable aux entrepreneurs individuels par le plan des indépendants ! : JCP N 2022, 1155

⁵⁴ V. C. SAINT-ALARY-HOUIN, Vers un droit économique de la défaillance ? : *RCP* n°2, Mars-avril 2023, art. 9, n° 25

⁵⁵ V. M.-L. COQUELET, art. préc. n° 8. Notons d'ailleurs qu'un projet de loi pour le plein emploi a été présenté en conseil de ministres le 7 juin 2023.

Aussi, la commission des affaires économiques l'a elle-même souligné, « nous ne sommes pas dupes de l'opportunité calendaire de cette réforme, qui concernera 3 millions de personnes à six mois d'une échéance électorale majeure et après que ne leur a été prêtée qu'une attention toute relative durant quatre ans »⁵⁶. D'ailleurs, lors du compte rendu du conseil des ministres en date du 29 septembre 2021, le porte parole du Gouvernement, M. Gabriel ATTAL, lorsqu'il avait présenté le projet de loi en faveur des indépendants, avait pris nettement plus de temps pour souligner tout ce que le Gouvernement en place avait d'ores et déjà réalisé en faveur des travailleurs indépendants plutôt que pour présenter le nouveau statut⁵⁷, lequel semble, à l'heure actuelle, plutôt inconnu du commun des mortels⁵⁸, à tel point qu'il serait intéressant de savoir quelle proportion d'entrepreneurs individuels est au fait concernant la mutation silencieuse de leur statut⁵⁹.

9. Inquiétudes. Nombreux sont les auteurs qui expriment leurs craintes face à cette réforme majeure et ce, sur principalement deux points : premièrement, la simplicité apparente due à une absence de formalisme pourrait au final se traduire par « un contentieux de brocanteur »⁶⁰ puisque foisonneront les créanciers qui ne sauront pas de quoi est constitué leur gage ; deuxièmement, la protection qu'elle offre pourrait faire fondre comme neige au soleil tout espoir de l'entrepreneur d'obtenir un crédit bancaire⁶¹, sauf pour lui d'engager certains biens par l'octroi de sûretés réelles ou d'accéder à la renonciation à la scission patrimoniale⁶² et/ou à l'insaisissabilité de sa résidence principale⁶³. Pourtant – et on l'aura déjà souligné⁶⁴ –, cet accès au crédit est parfois indispensable pour le développement de l'entreprise. Ainsi, « à vouloir trop protéger, on risque parfois de nuire »⁶⁵. Sur ce point, le Gouvernement devra remettre au Parlement, avant le 1^{er} mars 2024, un rapport faisant notamment état de l'impact du nouveau statut de l'entrepreneur individuel sur l'accès au crédit et sur les potentiels abus de recours à la demande de renonciation de la part des établissements bancaires⁶⁶. Toutefois, non

⁵⁶ Rapp. Sénat n° 54, préc., p. 67

⁵⁷ V. Communiqué de presse du Conseil des ministres, 29 sept. 2021, par G. ATTAL

⁵⁸ Mais aussi parfois des spécialistes, V. not. : TJ Lille, 1^{ère} civ., 6 janv. 2023, n° 22/08891 : *Act. proc. coll.* 2023, alerte 43, note K. LAFABRIE

⁵⁹ Rapp. B. DONDERO, Place à l'entrepreneur individuel à deux patrimoines (EI2P) ! : *Rev. soc.* 2022, p. 199, n° 22 : « Aussi, à 0h00 le 14 mai 2022 plusieurs millions de patrimoines professionnels apparaîtront dans le silence de la nuit sans que leurs titulaires puissent échapper à cette mutation. »

⁶⁰ Cl. FAVRE-ROCHEX, art. préc., n° 8

⁶¹ V. not. S. PIEDELIEVRE, art. préc. : « l'augmentation de l'insaisissabilité réduit l'accès au crédit » ; X. DELPECH, art. préc. : « Au passage, il est à craindre que la « surprotection » de l'entrepreneur individuel qui en résulte se révèle contre-productive et rende plus difficile l'accès au crédit de celui-ci. » ; V. MARTINEAU-BOURGNINAUD, art. préc. : « « Mais la limitation du risque entrepreneurial n'a-t-elle pas pour corollaire la réduction de l'accès au crédit ? ». Ce serait toutefois un risque à relativiser, V. en ce sens : V. PERRUCHOT-TRIBOULET, art. préc.

⁶² V. not. S. CABRILLAC, Entrepreneur individuel : et si les difficultés concernaient le financement du patrimoine privé ? : *JCP N* 2022, 1175, n° 6 s.

⁶³ Ce qui était déjà pratiqué avant la loi n° 2022-172, V. *supra*, n° 5

⁶⁴ *Ibid*

⁶⁵ S. PIEDELIEVRE, art. préc.

⁶⁶ V. L. n°2022-172, préc., art. 20

sans complexité, ces diverses sûretés et renonciations accompagnant le régime auront au moins le mérite de « *permettre aux entrepreneurs individuels de prendre exactement la mesure des risques auxquels ils exposent leurs biens lorsqu'ils s'endettent pour des besoins professionnels* »⁶⁷. Cependant, là n'était pas l'objectif premier de l'instauration de ce statut impératif mais, comme cela a été très justement souligné, « *c'est seulement à l'occasion des procédures d'insolvabilité et plus particulièrement des procédures collectives prévues par le code de commerce que l'on pourra apprécier la réelle efficacité du nouveau statut de l'entrepreneur individuel. C'est alors, en effet, que l'on vérifiera si le rempart que le législateur cherche à élever pour protéger les biens personnels de l'entrepreneur individuel résiste aux coups de boutoir de ses créanciers et des autres acteurs de la procédure* »⁶⁸.

10. Cadre du sauvetage de l'entreprise et du rebond économique. Aucun spécialiste ne l'ignore : le droit des entreprises en difficultés n'est plus ce droit sanctionnateur que l'on connaissait à l'origine. Là n'est pas la place de retracer l'abandon progressif de ce que l'on appelait autrefois « droit des faillites »⁶⁹, la seule connaissance importante à ce stade étant celle du cadre actuel⁷⁰, axé sur le sauvetage de l'entreprise et sur le rebond économique.

Premièrement, le traitement des difficultés ne se limite pas seulement à un traitement judiciaire⁷¹ puisque l'une des clés pour un sauvetage efficace est d'intervenir en amont des difficultés. Il est en effet apparu que si bon nombre des procédures ouvertes étaient des liquidations judiciaires, c'est parce que la sonnette d'alarme n'était tirée que lorsque les difficultés avaient déjà atteint un stade critique⁷². Ainsi, le traitement non judiciaire des difficultés des entreprises s'illustre à travers deux procédures que sont le mandat *ad hoc* et la conciliation⁷³. Finalement, qu'ils soient préventifs ou curatifs, nombreux sont les outils mis à disposition pour enrayer les difficultés, avérées ou prévisibles⁷⁴.

⁶⁷ Rapp. Sénat n° 54 préc., p. 21-22 ; V. aussi C. SAINT-ALARY-HOUIN, art. préc., n° 23, selon laquelle les discussions que l'entrepreneur aura avec son banquier le contraindra à prendre conscience du danger de l'emprunt.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 38 ; V. aussi P. ROSSI, Entrepreneur individuel et procédure collective – À propos de l'article 5 de la loi n°2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante : *JCP E* 2022, 1138, n° 1 s. ; V. LEGRAND, Les procédures de surendettement accessibles aux entrepreneurs individuels : *D.* 2022, 1275 : « *c'est dans la tourmente que l'on juge l'efficacité d'un dispositif* ».

⁶⁹ Pour des explications détaillées, V. not. M.-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté* : Dalloz, coll. "Hypercours", 7^e éd., 2022, p. 1 s. ; P. PETEL, *Procédures collectives* : Dalloz, coll. « Cours », 11^e éd., 2023, p. 1 s. ; P. LE CANNU, D. ROBINE, *Droit des entreprises en difficultés* : Dalloz, coll. « Précis », 9^e éd., 2022, p. 161 s.

⁷⁰ Notons à ce titre qu'est disparue depuis seulement quelques jours la procédure de traitement de sortie de crise, laquelle avait été créée par une loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 en vue de faire face aux conséquences économiques de l'épidémie de covid-19. Cette procédure permettait aux entreprises de résoudre rapidement leurs difficultés après la suppression progressive des aides dont elles avaient pu bénéficier durant cette crise. V. not. (B.) SAINTOURENS, La procédure de traitement de sortie de crise : innovante et éphémère : *RPC* n° 5, sept. 2021, étude 14

⁷¹ Assuré par les procédures que sont la sauvegarde (C. Com., art. L. 620-1 s.), le redressement judiciaire (C. Com., art. L. 631-1 s.) ainsi que la liquidation judiciaire (C. Com., art. L. 640-1 s.)

⁷² Même si parfois, l'ouverture d'une liquidation judiciaire *ab initio* n'est absolument pas justifiée.

⁷³ V. C. Com., art. L. 611-1 s.

⁷⁴ Sachant aussi que la procédure de sauvegarde est hybride en ce sens qu'il s'agit certes d'une procédure judiciaire mais qui est qualifiée de préventive puisque son ouverture est conditionnée à une absence de cessation des paiements.

Et même lorsque le sauvetage de l'entreprise n'est pas possible, on admet à l'entrepreneur méritant un « droit au rebond ». Notamment, s'il n'est pas solvable, il pourra être fait application d'une procédure de rétablissement professionnel⁷⁵, laquelle s'inspire des règles applicables aux particuliers démunis. Dans cette hypothèse où il n'y a rien à liquider, l'ouverture d'une liquidation judiciaire manquerait effectivement de sens et serait inutilement longue. Plus largement, liquidation judiciaire ou rétablissement professionnel signent seulement l'issue d'un demi échec puisque si l'entreprise sombre, il n'est plus nécessairement question d'entraîner son chef dans cette chute, lequel pourra être libéré de ses dettes⁷⁶ à condition qu'il soit de bonne foi⁷⁷. Cet objectif du rebond économique est porté à une échelle plus large par l'Union Européenne⁷⁸, signe que la notion fait consensus.

11. Démarche : déterminer l'impact de la dualité patrimoniale sur le traitement de l'insolvabilité. Qu'il se soit agi de l'EIRL ou qu'il s'agisse désormais du « nouvel entrepreneur individuel »⁷⁹, la titularité de plusieurs patrimoines – chacun n'étant le gage que de certains créanciers – a eu et continuera d'avoir une influence sur le traitement des difficultés économiques. Le duo inséparable « personne-patrimoine » n'est plus, ainsi que l'a très justement expliqué T. REVET en employant le terme de « *désubjectivation du patrimoine* »⁸⁰. Ainsi, si à l'origine, il pouvait être soutenu que la procédure collective s'appliquait d'abord à une personne, physique ou morale, et que celle-ci avait alors pour effet d'appréhender l'entier patrimoine de la personne, la rupture qu'impliquent les régimes de l'EIRL et du nouvel entrepreneur individuel avec la théorie d'AUBRY et RAU⁸¹ conduit à revoir la place du débiteur au sein de telles procédures, dont on peut affirmer qu'elle subissent elles aussi un phénomène de désubjectivation.

Quoi qu'il en soit, une réactualisation du débat sur la balance entre l'effet réel et l'effet personnel de la procédure collective⁸² mérite d'être envisagée et ce, en plaçant l'entrepreneur individuel au cœur de la réflexion menée. Dans cette optique, il convient alors de se demander quelles sont les places respectives des biens et du débiteur au sein de la procédure collective,

⁷⁵ V. C. Com., L. 645-1 s. ; cf. seconde partie, chapitre second, n° 111 s.

⁷⁶ Attention, pour la liquidation judiciaire, il ne s'agit pas d'un effacement de dettes.

⁷⁷ Définie comme étant une « *attitude traduisant la conviction ou la volonté de se conformer au Droit qui permet à l'intéressé d'échapper aux rigueurs de la loi* » (G. CORNU (dir.), *op. cit.* p. 131)

⁷⁸ V. Directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, considérant n° 72

⁷⁹ Telle sera l'expression utilisée pour désigner l'entrepreneur individuel soumis au régime actuel de séparation automatique des patrimoines professionnel et personnel.

⁸⁰ T. REVET, art. préc (titre)

⁸¹ Rupture que les rédacteurs de la loi en faveur de l'activité professionnelle indépendante considèrent eux-mêmes avec précaution, V. Rapp. Commission mixte paritaire, 25 janv. 2022, de C.-A. FRASSA (n° 387 au Sénat) et de M.-C. VERDIER-JOUCLAS (n° 4961 à l'Assemblée nationale) : « *Cette dualité patrimoniale [...] rompt avec les principes fondamentaux de notre droit civil, auxquels nous ne devons toucher que d'une main tremblante.* »

⁸² V. not. à ce sujet L.-C. HENRY, L'effet réel et l'effet personnel d'une procédure collective : changement de paradigme ? : *BJE* n°2, mars 2020, p. 1 ; Ph. ROUSSEL GALLE, Effet personnel et effet réel des procédures collectives : *Dr. et patr.* n°223, mars 2013

question à laquelle cette étude tâchera de répondre en s'émancipant grandement de la présentation classique et exhaustive des procédures collectives que l'on peut retrouver au sein d'ouvrages traitant d'ores et déjà habilement du sujet.

Le plan de la présente étude se scindera donc en deux parties entre :

Première partie : La place des biens dans une procédure collective désubjectivée

Seconde partie : La place du débiteur dans une procédure collective désubjectivée

PREMIÈRE PARTIE :

LA PLACE DES BIENS DANS UNE PROCEDURE COLLECTIVE DESUBJECTIVEE

12. Effet réel moderne de la procédure collective⁸³. Lorsque le principe de l'unicité du patrimoine était encore inaltéré⁸⁴, on pouvait définir l'effet réel de la procédure collective en disant qu'il s'agissait de « *effet de saisie des biens du débiteur par la collectivité de ses créanciers et la mise en œuvre de leur gage commun dans la procédure collective* »⁸⁵. Sans remettre en cause cette définition qui décrit tout à fait justement l'effet réel classique de la procédure collective, il est toutefois possible de remarquer que celle-ci ne trouve aujourd'hui à s'appliquer en ces termes exacts. Premièrement – et on l'aura déjà souligné s'agissant de l'insaisissabilité de droit de la résidence principale par les créanciers professionnels de l'entrepreneur et de la possibilité de déclarer insaisissable tout autre bien foncier non affecté à l'usage professionnel pour ces mêmes créanciers⁸⁶ –, il est de certains biens qui ne sont pas soumis à l'effet réel de la procédure collective car celle-ci, en tant que saisie collective, ne peut appréhender les biens insaisissables⁸⁷. Mais, de façon plus globale, l'effet réel de la procédure collective sera impacté lorsque la personne du débiteur sera à la tête de plusieurs patrimoines, ce qui suppose toutefois d'avoir la connaissance du contour du patrimoine soumis à la procédure⁸⁸. En somme, ainsi que très justement énoncé, « *la dimension réelle de la procédure est délimitée par le patrimoine du débiteur qui sert de gage à ses créanciers* »⁸⁹.

13. Appréciation horizontale des difficultés. De la même manière qu'il est possible et surtout nécessaire d'opérer à une appréciation verticale des difficultés en s'interrogeant sur leur gradation pour *in fine* décider de quelle procédure judiciaire ouvrir, il est désormais possible et tout aussi nécessaire de réaliser, s'agissant de l'entrepreneur à plusieurs patrimoines, une appréciation horizontale des difficultés. Cette dernière consistera alors à se poser la question de savoir dans quel(s) patrimoine(s) se nichent les difficultés et c'est ainsi que les contours de la procédure pourront être définis. Nous y reviendrons plus tard⁹⁰, mais c'est au tribunal de la procédure collective que cette appréciation incombera.

⁸³ Aussi qualifié d'effet « *à la fois relatif et sélectif* », V. M.-L. COQUELET, *op. cit.*, p. 167, n°237.

⁸⁴ Sur son écornement progressif, V. *supra* n°4 s.

⁸⁵ M. SENECHAL, L'effet réel de la procédure collective : *BJE* n° 2, mars 2014, notion que l'auteur dégage dans sa thèse du même nom en 2001, après quoi elle fut consacrée par la Cour de cassation, V. Com., 16 mars 2010, n° 08-13.147 : « *lorsque des époux mariés sous le régime de la communauté légale ont été, par des décisions successives, mis, chacun, en liquidation judiciaire, la vente de gré à gré des biens communs, soumis dès son prononcé à l'effet réel de la procédure collective première ouverte, [...]* »

⁸⁶ V. *supra* n°5

⁸⁷ Au rang desquels figurent aussi les biens mentionnés par l'art. L. 112-2 du C.P.C.E.

⁸⁸ Ce qui pourra être assez délicat à déterminer, V. not. M.-H. MONSERIE-BON, *Entrepreneur individuel : le patrimoine professionnel pour tous est lancé !* : *BJE* n°3, 2022, p. 4

⁸⁹ L.-C. HENRY, art. préc.

⁹⁰ V. *infra* n° 89 s.

14. Plan. Ainsi, il est possible de dire que lorsque la procédure collective appréhendera le seul patrimoine professionnel de l'entrepreneur, l'effet réel de la procédure s'en trouvera réduit (**chapitre 1**). A l'inverse, lorsque les deux patrimoines seront soumis à la discipline collective, l'effet réel de la procédure pourra, dans une certaine mesure, opérer à un quasi-retour à son empire classique (**chapitre 2**).

CHAPITRE 1 : LE CANTONNEMENT DE L'EFFET REEL DE LA PROCEDURE COLLECTIVE EN

CONTEMPLATION DE LA DUALITE PATRIMONIALE

15. Hypothèse retenue. Faire l'hypothèse de difficultés affectant uniquement le patrimoine professionnel⁹¹ de l'entrepreneur individuel aura le mérite de démontrer clairement la manière dont l'effet réel de la procédure collective peut se trouver limité lorsque celle-ci aura pour sujet un entrepreneur individuel puisque la scission patrimoniale qui caractérise sa situation se trouvera être d'une importance fondamentale pour délimiter les contours de la procédure⁹².

16. Plan. Ce postulat étant fait, le cantonnement de l'effet réel de la procédure collective impliquera que ce soit le patrimoine professionnel qui soit l'objet de la procédure collective (**section 1**), ce qui engendrera des effets inégaux sur les créanciers du débiteur (**section 2**).

Section 1 : Le patrimoine en tant qu'objet de la procédure collective

17. La substitution du débiteur par le patrimoine. Lors de son ouverture, la procédure a un effet personnel que l'on ne saurait contester⁹³ mais celui-ci s'estompe pour laisser place à un effet réel. Autrement formulé, « *la « porte d'entrée » de la procédure est une personne, mais très vite, les règles applicables concernent les biens, son patrimoine, un peu comme si la personne passait au second plan* »⁹⁴ mais aussi « *un peu comme si ce patrimoine était doté de la personnalité morale, ce qui n'est évidemment pas le cas* »⁹⁵. Telle est l'affirmation générale que l'on pouvait déjà soutenir avant l'instauration de l'EIRL ou du nouvel entrepreneur individuel et que l'on peut désormais affiner au regard de l'hypothèse retenue. Dès lors, la précision que l'objet de la procédure collective est le patrimoine professionnel influe tant sur la détermination de l'actif (§ 1) que du passif (§ 2) qui lui est soumis.

§ 1 - L'actif de la procédure collective

18. Principes. L'actif soumis à la procédure est loin d'être un simple inventaire objectif : s'il comprend *a minima* les biens et droits dont le débiteur est propriétaire ou titulaire et qui, de surcroît, appartiennent au patrimoine soumis à la discipline collective (**A.**), il peut

⁹¹ Défini comme étant un « *ensemble de biens universalisés par leur affectation légale à la garantie des dettes nées de leur exploitation* » (Th. REVET, art. préc., n°16)

⁹² Cette remarque vaut tout aussi bien pour l'EIRL puisque ce régime est « *de nature à réduire la portée de « l'effet réel de la procédure collective »* » (M. Y. BAH, *La pluralité de patrimoines* : thèse Université de Limoges, 2021, n° 149)

⁹³ Cf. seconde partie, chapitre 1^{er}, n° 81 s.

⁹⁴ V. Ph. ROUSSEL GALLE, art. préc.

⁹⁵ *Ibid.*

aussi s'accroître lorsque l'on agit en faveur de la réintégration de valeurs qui en étaient injustement sorties **(B.)**.

A. L'identification de l'actif par délimitation des contours du patrimoine soumis à la procédure collective

19. Des contours à définir. Si le principe d'unicité voulant que la procédure appréhende l'entier patrimoine du débiteur avait le mérite de la simplicité, la protection dont bénéficient l'EIRL ou le nouvel entrepreneur individuel invite à un effort particulier de réflexion sur la question de l'affectation, que celle-ci ait été volontaire ou subie⁹⁶. D'ailleurs, puisque le nouvel entrepreneur individuel n'a aucune déclaration d'affectation à réaliser, ce sera très certainement en procédure collective que seront dessinés les contours des patrimoines du débiteur⁹⁷ lorsqu'il sera dressé un inventaire de l'actif appréhendable.

1. Le rôle central du critère d'utilité

20. Rappel. Lorsque la personne exerce son activité sous le statut de l'EIRL, son patrimoine affecté doit comprendre des biens, droits, obligations ou sûretés qui sont nécessaires⁹⁸ à l'exercice de cette activité⁹⁹. Ce patrimoine peut aussi comprendre les biens, droits, obligations ou sûretés qui sont utiles à l'exercice de l'activité professionnelle et que l'entrepreneur décide d'y affecter¹⁰⁰. Bien que cette affectation procède d'une démarche active de la part de l'entrepreneur¹⁰¹, il pouvait apparaître difficile de distinguer, de manière certaine, les biens nécessaires des biens utilisés mais non obligatoirement nécessaires alors que pourtant, si les premiers doivent inévitablement intégrer le patrimoine affecté, les seconds peuvent tout autant se trouver dans le patrimoine affecté que dans le patrimoine non affecté¹⁰².

21. Un critère (moins) incertain. S'agissant du nouvel entrepreneur individuel, le décret du 28 avril 2022¹⁰³ apporte des précisions fort bienvenues sur le critère de l'utilité puisque tel que présenté à l'origine par le seul alinéa 2 de l'article L. 526-22 du Code de

⁹⁶ À ce titre, il faut alors distinguer l'ancienne conception subjective du gage de sa conception objective, laquelle n'implique pas nécessairement qu'un patrimoine réponde de ses dettes dans son entièreté, V. G. WICKER, *op. cit.*, n° 21.

⁹⁷ V. P. LE CANNU, D. ROBINE, *op. cit.*, p. 240, n° 320. V. aussi Ch. BASSE, Indépendants : une protection large du patrimoine privé mais une définition toujours complexe : *BJE* n° 1, 31 janv. 2022, p. 1

⁹⁸ Définis comme ceux « *qui, par nature, ne peuvent être utilisés que dans le cadre de cette activité* » (C. Com., art ? R. 526-3-1).

⁹⁹ V. C. Com., art. L. 526-6, al. 2

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ Contrairement à ce qui est retenu pour le nouvel entrepreneur individuel, pour lequel l'affectation est automatique

¹⁰² Sachant aussi qu'une activité professionnelle peut aussi être exercée dans le cadre du patrimoine non affecté.

¹⁰³ Décret n°2022-725 du 28 avril 2022 relatif à la définition du patrimoine professionnel et aux mentions à apposer sur les documents et correspondances

commerce¹⁰⁴, il n'était pas à même d'assurer une sécurité juridique suffisante et au contraire, la marge d'appréciation considérable qu'il permettait d'avoir aurait, à coup sûr, participé à la naissance d'un contentieux florissant¹⁰⁵. Ainsi, un complément est apporté par l'article R. 526-26 du Code de commerce, lequel précise premièrement le critère retenu en indiquant que les biens, droits, obligations et sûretés utiles « *s'entendent de ceux qui, par nature, par destination ou en fonction de leur objet, servent à cette activité* ». Cette définition qui n'en est pas une¹⁰⁶ ne permet pas d'exclure une conception subjective de l'utilité, laquelle conduirait à s'attacher, au-delà de l'activité considérée *in abstracto*, aux « *éléments que l'entrepreneur utilise en fait ou qu'il envisage d'utiliser dans l'exercice de son activité, tel qu'il le conçoit, et en dépit même de leur destination normale* »¹⁰⁷. Bien que l'on comprenne la nécessité que le contenu du patrimoine professionnel corresponde à la réalité de l'activité menée – laquelle sera différente d'un entrepreneur à un autre nonobstant une activité similaire voir identique –, une telle conception ne sera pas sans générer d'interminables discussions¹⁰⁸ qu'il incombera aux juges de trancher, certainement en faveur du patrimoine professionnel¹⁰⁹. Pour cela, le texte réglementaire précité poursuit en donnant une liste non exhaustive de ce qui peut être considéré comme appartenant au patrimoine professionnel. Il y est notamment fait mention des « *sommes destinées à pourvoir aux dépenses courantes relatives à cette même activité* »¹¹⁰. Comme le soulève un auteur, « *la précision est importante parce que l'EI n'est pas tenu, en tant que tel, d'ouvrir un compte bancaire spécifique, même si cette exigence peut découler de son statut de micro-entrepreneur ou de commerçant* »¹¹¹, ce qui, on le verra, pourra poser problème lorsque l'entrepreneur sera en difficulté¹¹². La suite et fin du texte nous enseigne que la comptabilité de l'entrepreneur sert de présomption réfragable, notamment sur la consistance du patrimoine professionnel¹¹³, qui est « *présupposé comprendre au moins l'ensemble des éléments enregistrés au titre des documents comptables, sous réserve qu'ils soient réguliers et sincères et donnent une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise* ».

22. Un risque de prédominance du patrimoine professionnel ? À l'origine, le Sénat avait proposé que le critère d'utilité n'inclue dans le patrimoine professionnel que les biens,

¹⁰⁴ Lequel dispose que « *les biens, droits, obligations ou sûretés dont il est titulaire et qui sont utiles à son activité ou à ses activités professionnelles indépendantes constituent le patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel* ».

¹⁰⁵ Sur ce point, rapp. Rapp. Sénat n° 54, préc., p. 22-23 : « *des années, voir des décennies pourraient s'écouler avant que la jurisprudence en la matière se stabilise* »

¹⁰⁶ Même qualifiée de « *tautologie* », V. J.-L. VALLENS, L'entrepreneur individuel en difficulté et ses patrimoines : D. 2022. 1269

¹⁰⁷ Y. JUDEAU et T. LEOBON, art. préc., n° 55

¹⁰⁸ Puisque les créanciers ne manqueront pas d'élargir au maximum cette notion d'utilité, ainsi qu'il a été souligné par le Sénat (V. Rapp. Sénat n° 54, préc., p. 68).

¹⁰⁹ V. *infra* n° 22

¹¹⁰ V. C. Com., art. R. 526-26, I., 5°

¹¹¹ A. REYGROBELLET, Activité professionnelle indépendante – Définition du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel : JCP N 2022, act. 529

¹¹² V. *infra* n° 61

¹¹³ Mais aussi sur la rémunération que l'entrepreneur se verse.

droits, obligations et sûretés « *exclusivement utiles* » à l'activité professionnelle indépendante. Face à cette réduction du droit de gage des créanciers professionnels, il avait été suggéré qu'ils voient leur droit de gage « *étendu au patrimoine personnel à hauteur de la valeur d'un droit d'usage de ces biens, correspondant à leur utilisation effective dans un cadre professionnel pour une durée d'une année* »¹¹⁴. In fine, les députés sont revenus à la formulation initiale, de sorte qu'il faut très certainement considérer que les biens à usage mixtes appartiennent au patrimoine professionnel. Il nous semble toutefois qu'il faille bannir une appréciation trop extensive du critère de l'utilité et ainsi ne pas inclure au patrimoine professionnel les biens qui n'auront été que ponctuellement utilisés dans le cadre de l'activité, sauf à priver le patrimoine personnel de toute sa substance¹¹⁵. Pour reprendre l'exemple très concret exposé par un auteur : « *si je suis entrepreneur individuel et que j'utilise la voiture familiale qui sert à partir en vacances et aller chercher les enfants à l'école pour me rendre à quelques rendez-vous clients, ce véhicule fait a priori partie du patrimoine professionnel même si à 90 % son usage est personnel* »¹¹⁶. Poussée à son extrême, cette appréciation extensive aurait pour effet de priver l'entrepreneur de la protection affichée, de sorte qu'il se retrouve peu ou prou dans la même situation qu'un « ancien entrepreneur individuel »¹¹⁷.

23. Appréhension des biens communs utiles. Selon l'article 1413 du Code civil, le paiement des dettes d'un époux marié sous le régime de communauté peut toujours se poursuivre sur les biens communs. Toutefois, puisque l'entrepreneur est désormais à la tête de deux patrimoines dont l'un, professionnel, n'est composé que des biens, droits, obligations et sûretés utiles à l'exercice de ses activités professionnelles, il faut considérer que lorsque la procédure collective de l'entrepreneur ne visera que son patrimoine professionnel, seuls les biens communs utiles à cette activité trouveront à être appréhendés. Ce n'est que lorsque l'entrepreneur se verra ouvrir une procédure collective unique traitant de la situation de ses deux patrimoines que l'entière des biens communs seront appréhendés¹¹⁸.

À travers l'exemple des biens communs, on se rend compte qu'ici encore, l'effet réel de la procédure collective trouve à être limité lorsque l'objet de cette procédure est le seul patrimoine professionnel, lequel n'intègre que ce qu'il est utile à l'activité. Si tout semble

¹¹⁴ Rapp. Assemblée nationale n°4811, 14 déc. 2021, de J.-N. BARROT et M.-C. VERDIER-JOUCLAS, p. 24. Contrepartie qui, à l'aune de la formulation finalement retenue, aurait pu alors bénéficier aux créanciers personnels.

¹¹⁵ V. P. LE CANNU, D. ROBINE, *op. cit.*, p. 240, n° 319 ;

¹¹⁶ F. PETIT, La restriction du gage des créanciers, une fausse réalité ? : *RPC* n°2, Mars-avril 2023, art. 14, n°21. V. aussi F. PEROCHON, Professionnels indépendants en difficulté : premiers regards sur la loi du 14 février 2022 : *BJE* n°2, mars 2022, n° 8

¹¹⁷ Par opposition au « nouvel entrepreneur individuel », lequel dispose automatiquement de deux patrimoines.

¹¹⁸ Solution qui prévalait très logiquement lorsque l'entrepreneur était à la tête d'un unique patrimoine, V. Com., 16 mars 2010, n° 08-13.147, préc.

relativement limpide à ce stade, les choses se compliqueront certainement lorsque se posera la question du gage des créanciers du conjoint commun en biens *in bonis*¹¹⁹.

2. L'exclusion de certains biens

24. La problématique de l'immobilier insaisissable. L'insaisissabilité de certains biens immobiliers telle que prévue par les deux premiers alinéas de l'article L. 526-1 du Code de commerce présente une limite que le texte expose lui-même : le cas où il serait en partie fait usage du bien pour les besoins de l'activité. Le texte distingue selon qu'il s'agit ou non de la résidence principale. La partie non affectée à un usage professionnel, dans le premier cas, est de droit insaisissable par les créanciers professionnels et ce, sans qu'un état descriptif de division soit nécessaire, dans le second cas, ne pourra faire l'objet d'une déclaration notariée d'insaisissabilité qu'à la condition d'être déclarée dans un état descriptif de division. L'article R. 526-26 précité précise lui-aussi qu'intègrent le patrimoine professionnel « *les biens immeubles servant à l'activité, y compris la partie de la résidence principale de l'entrepreneur individuel utilisée pour un usage professionnel* »¹²⁰. Il est nécessaire de souligner que cette mixité d'usage n'est pas anecdotique puisqu'il nous semble que nombreux sont les entrepreneurs qui travaillent depuis chez eux ou sont amenés à le faire plus ou moins régulièrement, le cas le plus flagrant étant assurément celui de l'agriculteur en nom propre, lequel disposera certainement, au sein de sa ferme, d'une pièce utilisée pour la gestion et la comptabilité, d'une partie de bâtiment pour l'accueil des visiteurs et/ou acheteurs ou encore d'un hangar de stockage¹²¹. Inutile de se matagrabiliser le cerveau plus d'une minute pour comprendre que cette règle, bien que fidèle à la réalité économique, sera péniblement appliquée dans le cadre, par exemple, des réalisations de l'actif en liquidation judiciaire¹²², sauf à ce que le débiteur soit d'accord pour qu'il soit procédé à une réalisation complète de l'immeuble¹²³ et dans ce cas, il y aura ventilation du prix entre les patrimoines puisque le principe du respect des différents droits de gage demeure.

Lorsque la procédure collective appréhendera les patrimoines professionnel et personnel de l'entrepreneur, la problématique de l'immobilier insaisissable légalement ou conventionnellement resurgira¹²⁴.

25. Les biens n'appartenant pas au débiteur ou au patrimoine visé par la procédure. Sous réserve que les démarches soient effectuées, certains biens ne seront pas appréhendés par la procédure collective, soit qu'ils n'appartiennent pas à la personne même du

¹¹⁹ V. *infra* n° 46

¹²⁰ C. Com, art. R. 526-26, I., 3°

¹²¹ V. J.-J. BARBIERI, Du trouble dans la personnalité juridique : *RD rur.* n°506, octobre 2022, repère 8

¹²² Comp. J.-L. VALLENS, art. préc. : « *on imagine mal [...] une pièce affectée à l'activité professionnelle comme un élément du patrimoine saisissable, alors qu'il n'est pas identifié au cadastre et n'est pas détachable ni susceptible d'être saisi* ».

¹²³ V. C. Com., art. L. 642-22, II.

¹²⁴ V. *infra* n° 70

débiteur, soit qu'ils se retrouvent en nature dans le patrimoine soumis à la procédure alors qu'ils appartiennent à un autre patrimoine du débiteur. Dans le premier cas, il s'agira alors que les réels propriétaires revendiquent le bien¹²⁵, ce qui toutefois ne pose pas plus de difficultés pour une personne physique à patrimoines multiples que pour toute autre personne éligible aux dispositions du livre VI du Code de commerce. Dans le second cas, ce sera au débiteur lui-même de revendiquer le bien : on dira alors qu'il exerce une action en reprise dudit bien¹²⁶. En amont, au stade de l'identification de l'actif, le débiteur devra faire figurer à l'inventaire du patrimoine soumis à la procédure « *les biens détenus dans le cadre de l'activité à raison de laquelle la procédure a été ouverte qui sont compris dans un autre de ses patrimoines et dont il est susceptible de demander la reprise dans les conditions prévues par l'article L. 624-19* »¹²⁷. Cette action en reprise aura pour effet pour le débiteur de s'« auto-revendiquer », ce qui semblerait plus que curieux¹²⁸ si ce n'est impossible en l'absence d'une pluralité de patrimoines et ce qui, plus largement, témoigne du fait que la notion de patrimoine prédomine celle de débiteur. Néanmoins, si cette action en reprise pouvait trouver à s'appliquer pour l'EIRL en ce qu'il avait la possibilité de mettre un bien à disposition du patrimoine professionnel sans pour autant l'y affecter, il nous semble qu'elle puisse difficilement être mise en œuvre s'agissant du nouvel entrepreneur individuel parce qu'au fond, la séparation des actifs entre les deux patrimoines relève du critère légal de l'utilité. Tout dépendra au final de l'étendue que l'on accordera à ce dernier.

B. Les reconstitutions de l'actif

26. Généralités. L'identification de l'actif ne suffit pas à déterminer ce qui devrait être appréhendé par la procédure collective car il se peut que le patrimoine du débiteur ait été injustement appauvri avant l'ouverture d'une procédure collective à son encontre ou encore que le débiteur ait été victime d'un préjudice dont l'indemnisation viendrait en augmentation de l'actif soumis à la procédure.

27. Abrogation de l'article L. 624-6 du Code de commerce. Cet article, remplaçant en 1985¹²⁹ la présomption mucienne en vertu de laquelle les biens acquis en cours de mariage étaient présumés l'avoir été avec les fonds de l'exploitation, disposait que « *le mandataire judiciaire ou l'administrateur peut, en prouvant par tous les moyens que les biens acquis par le conjoint du débiteur l'ont été avec des valeurs fournies par celui-ci, demander que les acquisitions ainsi faites soient réunies à l'actif* »¹³⁰. Toutefois, cet article fut déclaré contraire

¹²⁵ V. C. Com., art. L. 624-9 s. Sur les règles applicables, V. not. M.-L. COQUELET, *op. cit.*, p. 277 s.

¹²⁶ V. C. Com., art. L. 624-19

¹²⁷ C. Com., art. L. 622-6, al. 1^{er}

¹²⁸ V. not. Ph. ROUSSEL GALLE, EIRL : contracter et revendiquer avec soi-même... quelle drôle d'idée... : *RPC* n°2, mars 2011, dossier 24

¹²⁹ V. Loi n° 85-98 du 25 janv. 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, art. 112

¹³⁰ C. Com., art. L. 624-6 (*ab.*)

à la Constitution¹³¹ parce que l'absence d'encadrement de sa mise en œuvre était constitutive d'une atteinte disproportionnée au droit de propriété du conjoint du débiteur au regard du but poursuivi. Toutefois, si la finalité avait été celle d'un rapport en valeur et non pas d'un rapport en nature, le conjoint n'aurait pas été privé de ses droits sur le bien¹³². Cet article, bien que frappé d'inconstitutionnalité parce que mal encadré, était une manifestation supplémentaire de l'effet réel de la procédure, laquelle produisait ici ses effets au-delà de la personne même du débiteur.

1. Les nullités de la période suspecte

28. Un outil de lutte contre l'appauvrissement. La période qui précède l'ouverture d'une procédure collective¹³³ est celle où l'entrepreneur et ses partenaires prennent conscience des difficultés s'accumulant. Pour cela, le débiteur a pu s'appauvrir en avantageant certains de ses créanciers, volontairement ou sous la contrainte, ce qui, d'une part, constitue une atteinte à l'égalité entre les créanciers qui caractérise pourtant l'esprit des procédures collectives et d'autre part, réduit les chances de rétablissement de l'entreprise. Aussi, le débiteur a pu, durant cette période et avant de se déclarer comme étant en cessation des paiements¹³⁴, s'appauvrir en organisant son insolvabilité au profit d'un tiers complice, voir même à son « propre profit » lorsqu'aura été procédé à la modification de l'affectation de ses biens en vue qu'ils se rattachent naturellement à un autre de ses patrimoines.

29. Étendue de la période suspecte. Si la date de cessation des paiements est en principe fixée au jour du jugement d'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire¹³⁵, il est possible de faire rétroagir celle-ci jusque 18 mois avant la date du jugement d'ouverture¹³⁶, l'étendue entre les deux dates étant alors qualifiée de « période suspecte » et les actes accomplis durant celle-ci étant alors susceptibles d'être annulés¹³⁷. Les actes les plus graves pourront même être annulés lorsqu'ils seront intervenus dans les 6 mois précédant le début de la période suspecte¹³⁸. Dans les deux cas, l'action en nullité, exercée par l'administrateur, le mandataire judiciaire, le commissaire à l'exécution du plan ou le ministère public, a pour effet de reconstituer l'actif du débiteur¹³⁹.

¹³¹ V. CC°, 20 janv. 2012, n° 2011-212 QPC

¹³² V. C. SAINT-ALARY HOUIN (dir.), *Code des entreprises en difficultés* : LexisNexis, coll. « Codes bleus », 12^e éd., 2023, commentaire ss. art. L. 624-6, n° 1

¹³³ Les seules procédures ici concernées sont le redressement judiciaire et la liquidation judiciaire puisqu'il doit y avoir absence de cessation des paiements en sauvegarde.

¹³⁴ Définie comme étant « l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible » (C. Com., art. L. 631-1, al. 1^{er})

¹³⁵ V. C. Com., L. 631-8, al. 1^{er}

¹³⁶ Sans toutefois qu'elle ne puisse être fixée à une date antérieure à la décision définitive ayant homologué l'accord amiable.

¹³⁷ V. C. Com., art. L. 632-1, I.

¹³⁸ V. C. Com., art. L. 632-1, II.

¹³⁹ V. C. Com., art. L. 632-4

30. Nullité spécifique à l'entrepreneur titulaire de plusieurs patrimoines. Au sein des nullités de droit exposées par l'article L. 632-1 du Code de commerce, un cas fut spécifiquement réservé à l'EIRL¹⁴⁰, lequel fut modifié par la loi n° 2022-172 du 14 février 2022 pour prendre en compte l'existence du nouvel entrepreneur individuel. Désormais, le 12° de ce texte dispose qu'est nulle de droit « *toute affectation ou modification dans l'affectation d'un bien [...] dont il est résulté un appauvrissement du patrimoine visé par la procédure au bénéfice d'un autre patrimoine de cet entrepreneur* ». Lorsque l'activité professionnelle indépendante est exercée sous le statut de l'EIRL, on peut se poser la question de savoir si l'affectation globale peut relever des nullités de droit¹⁴¹, autrement dit si la constitution même d'une EIRL en période suspecte est nulle¹⁴². Toutefois, il semblerait que ce ne soit pas le cas puisque cette situation « *n'entraîne dans aucune des catégories énoncées dans l'article L. 632-1* »¹⁴³.

Cette nullité de plein droit est toutefois assortie d'une exception qui concerne le « *versement des revenus que l'entrepreneur a déterminé* »¹⁴⁴, laquelle se comprend aisément puisque comme toute personne, l'entrepreneur a besoin de sommes d'argent pour pourvoir aux besoins de sa vie personnelle et familiale. Mais alors, *quid* de l'augmentation soudaine du montant du versement par rapport à celui qui était prélevé habituellement par l'entrepreneur avant la cessation des paiements ? Puisque le surplus viendrait appauvrir le patrimoine soumis à la procédure, celui-ci pourrait tomber sous le coup des nullités de droit¹⁴⁵.

31. Une suspicion sur le seul patrimoine soumis à la procédure collective. Lorsque la procédure collective ne visera que le patrimoine professionnel de l'entrepreneur, il ne pourra y avoir nullité, impérative ou facultative, que lorsque c'est ce patrimoine qui aura été injustement appauvri au cours de la période suspecte. L'effet réel de la procédure collective en est d'autant réduit, celle-ci s'appliquant d'avantage à un patrimoine qu'à une personne, impliquant alors que le débiteur puisse agir au gré de ses envies s'agissant du ou des patrimoine(s) qui n'intéresse(nt) pas la procédure, sauf à ce qu'une extension de procédure soit prononcée.

2. Les autres actions

32. Actions de droit commun. Si l'on se place en dehors du droit des procédures collectives¹⁴⁶, certaines actions, lorsqu'elles seront exercées, permettront d'augmenter l'actif de la procédure collective, pour les plus connues l'action paulienne ou l'action en responsabilité

¹⁴⁰ Ce qui, bien entendu, n'empêche pas que les autres cas de nullités le concernent aussi.

¹⁴¹ Cette question d'ordre général ne se pose pas pour le nouvel entrepreneur individuel, lequel n'est pas tenu d'établir de déclaration d'affectation.

¹⁴² V. L. SAUTONIE-LAGUIONIE, L'EIRL et les nullités de la période suspecte : *BJE* 2011, p. 82 s.

¹⁴³ C. SAINT-ALARY HOUIN (dir.), *op. cit.*, commentaire ss. art. L. 631-2, n° 98

¹⁴⁴ Conformément à l'article L. 526-18 pour l'EIRL et... rien pour le nouvel entrepreneur individuel ! V. F. PEROCHON, art. préc., n° 9.

¹⁴⁵ En ce sens : L. SAUTONIE-LAGUIONIE, art. préc ; *contra* : M.-L. COQUELET, *op. cit.*, p. 311, n°424.

¹⁴⁶ Sur la responsabilité pour insuffisance d'actif en liquidation judiciaire, V. *infra* n° 134 s.

civile contre un tiers. Ces actions, lorsqu'elles permettront de gonfler le patrimoine soumis à la procédure et objet du gage des créanciers, devront être mises en œuvre par le représentant de l'intérêt collectif de ceux-ci¹⁴⁷.

33. Action paulienne. Cette action¹⁴⁸, proche des nullités de la période suspecte, vise à protéger le créancier « *contre un acte accompli par son débiteur et qui porte atteinte à l'efficacité de son droit sur ce dernier* »¹⁴⁹, lequel lui sera inopposable en cas de succès de l'action exercée par le créancier¹⁵⁰. Le représentant de la collectivité des créanciers, quant à lui, n'aura intérêt à exercer une telle action que lorsqu'une action en nullité de l'acte accompli pendant la période suspecte ne pourra pas l'être puisque cette dernière ne présuppose pas que soit démontrée l'existence d'une fraude. Toutefois, on note bien là la possibilité qu'un créancier seul, lorsqu'il exercera cette action, vienne « concurrencer » la procédure collective en ce que le résultat d'une telle action sera d'un effet limité puisqu'individuel. Comme cela a pu être souligné, en ce cas, « *c'est paradoxalement la procédure collective qui sera servie subsidiairement s'il reste quelque chose et que l'un des organes compétents agit, alors que l'appauvrissement du débiteur porte par définition atteinte à l'intérêt collectif des créanciers* »¹⁵¹, ce pourquoi il serait légitime que l'on ne laisse pas le créancier agir seul ou alors, seulement à titre subsidiaire.

34. Action en responsabilité civile contre un tiers. Fondée sur le droit commun de la responsabilité délictuelle¹⁵², une telle action suppose la démonstration d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre les deux éléments précédents. Elle peut être exercée envers un tiers qui a commis une faute en lien avec la défaillance du débiteur, notamment lorsque celui-ci lui a accordé un soutien abusif qui a paradoxalement maintenu une apparence de solvabilité avant de précipiter le débiteur dans la tourmente des difficultés et d'alourdir son passif. Toutefois, depuis 2005¹⁵³, le domaine de cette action est réduit puisqu'a été posé à l'article L. 650-1 du Code de commerce un principe fort d'irresponsabilité, lequel vise principalement les établissements de crédit¹⁵⁴, le but étant de ne pas décourager les banquiers à apporter leur soutien pourtant essentiel aux entreprises en difficulté. Ce principe est toutefois tempéré, impliquant alors que l'on puisse retenir la responsabilité du créancier en cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou de prise de garanties disproportionnées.

¹⁴⁷ Et ce, bien que de telles actions ne soient pas dans le gage de tous les créanciers de la procédure, l'essentiel étant qu'elles permettent une amélioration générale du gage, V. not. Com. 15 nov. 2016, n° 14-26.287 B, s'agissant de l'exercice, par le liquidateur, de l'action en inopposabilité de la déclaration notariée d'insaisissabilité qui n'avait pas été régulièrement publiée.

¹⁴⁸ V. C. Civ., art. 1341-2 (1167 avant la réforme du droit des contrats)

¹⁴⁹ M. JULIENNE, *Régime général des obligations* : LGDJ, 3^e éd., 2020, n° 488

¹⁵⁰ Cette inopposabilité ne valant qu'à son égard, V. not. Com. 2 nov. 2005, n° 04-16.232.

¹⁵¹ P. LE CANNU, D. ROBINE, *op. cit.*, p. 643, n° 970

¹⁵² C. Civ., art. 1240 : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.* »

¹⁵³ V. Loi n° 2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, art. 126

¹⁵⁴ Mais qui, plus largement, joue à l'égard de tous les créanciers qui auront pu fournir un concours au débiteur.

Une telle action sera en principe mise en œuvre par les organes de la procédure lorsque le préjudice sera collectif. Toutefois, si un créancier arrive à démontrer qu'il subit un préjudice distinct de celui de la collectivité des créanciers¹⁵⁵, il pourra agir seul.

§2 - Le passif de la procédure collective

35. Meilleur respect des droits des créanciers. De façon générale, si le droit originel des entreprises en difficulté, communément appelé « droit de la faillite », avait pour seul préoccupation celle de désintéresser quoi qu'il en coûte les créanciers du débiteur, cet objectif passa peu à peu au second plan, à tel point que l'on eut connu des périodes où tout était fait pour que le passif soumis à la procédure soit limité¹⁵⁶, ce réduisant par la même la possibilité des créanciers de faire valoir leurs droits. Les réformes intervenues par la suite en vue de rétablir l'équilibre entre le débiteur et ses créanciers témoignent ainsi d'un plus grand respect des droits de ceux-ci.

36. Déclaration indispensable des créances. Le passif de la procédure collective sera composé des créances qui auront été admises à celle-ci par le juge-commissaire, ce qui suppose au préalable que chaque créance ait fait l'objet d'une déclaration **(A.)**, sans quoi son titulaire pourrait s'exposer à ne plus pouvoir la recouvrer à l'avenir **(B.)**.

A. Les déclarations de créances

37. Caractère sélectif des déclarations. Selon l'article L. 622-24 du Code de commerce¹⁵⁷, les créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture¹⁵⁸ doivent, pour manifester leur volonté d'obtenir son paiement, déclarer celle-ci à la procédure collective. Toutefois, désormais, disposer d'une créance quelle qu'elle soit contre le débiteur entrepreneur individuel ne suffit plus pour participer à la procédure, il faut en outre que cette créance se rattache au patrimoine visé par la procédure. Ainsi, si l'on reprend l'hypothèse retenue d'une procédure collective ouverte à l'égard du seul patrimoine d'un entrepreneur individuel, ne seront concernés par la procédure collective et n'auront donc à déclarer leurs créances que les seuls créanciers qui ont un droit de gage sur celui-ci¹⁵⁹, autrement dit les créanciers ayant pour seul gage le patrimoine professionnel **(1.)**, mais aussi ceux disposant d'un

¹⁵⁵ La conception du préjudice collectif recouvrant désormais uniquement « *les cas dans lesquels les créanciers sont dans l'impossibilité d'obtenir paiement de ce qui leur est dû en raison de l'insuffisance du gage commun des créanciers* », ce qui, par voie de conséquence, signifie qu'est individuel « *tout préjudice qui ne découle pas de l'état d'insolvabilité du débiteur, et qui aurait donc pu naître indépendamment de toute procédure collective* » (V. M.-L. COQUELET, *op. cit.*, p. 457, n° 699, se référant à : Com. 14 juin 2017, n° 15-26.953).

¹⁵⁶ La déclaration de créance étant ainsi décrite comme un « *véritable piège pour les créanciers qui payaient leurs erreurs de l'extinction de leur créance* » (P. LE CANNU, D. ROBINE, *op. cit.*, p. 531, n° 785)

¹⁵⁷ Auquel renvoient les articles L. 631-14 et L. 641-3 du Code de commerce pour les procédures de redressement et de liquidation judiciaires.

¹⁵⁸ Cette déclaration concerne aussi ceux dont la créance est née postérieurement au jugement d'ouverture, à moins qu'il ne s'agisse d'une créance mentionnée au I de l'article L. 622-17 du Code de commerce.

¹⁵⁹ Lequel leur est reconnu par les dispositions du chapitre VI du titre II du livre V du Code de commerce

droit de gage étendu (2.), à l'exclusion donc des créanciers ayant pour seul gage le patrimoine personnel de l'entrepreneur. Cette déclaration concernerait aussi le débiteur lui-même, notamment lorsqu'il aurait apporté provisoirement un soutien financier à son entreprise à l'aide de deniers personnels¹⁶⁰. En ce cas, aussi curieusement logique que ce soit, le débiteur serait aussi son propre créancier ; il y a là de quoi convaincre que la procédure collective est bel et bien désubjectivée !

1. Les créanciers ayant pour seul gage le patrimoine professionnel

38. Cas le plus simple. Certains créanciers n'auront pour droit de gage que le seul patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel, notamment parce que la créance qu'ils détiennent sur lui est née pour les besoins de l'activité professionnelle indépendante. Très classiquement, il pourra s'agir de créances relatives à des achats de biens, de services ou d'immobilisations auprès de fournisseurs, ou encore d'un prêt réalisé auprès d'un établissement de crédit pour le financement de l'activité professionnelle.

Cette hypothèse aisément compréhensible pourrait toutefois se compliquer.

2. Les créanciers disposant d'un droit de gage étendu

39. Droit de gage étendu. Il arrivera que certains créanciers, dont ceux cités au paragraphe précédent, aient un droit de gage qui s'étende naturellement au-delà du patrimoine professionnel¹⁶¹, cela trouvant son explication dans le fait que la séparation des patrimoines ne leur soit pas opposable.

Premièrement, auront un droit de gage étendu les créanciers dont les droits sont nés : pour l'EIRL, avant la déclaration d'affectation¹⁶² ; pour le nouvel entrepreneur individuel, avant l'entrée en vigueur des dispositions issues de la loi n° 2022-172, soit le 15 mai 2022 ou, le cas échéant, avant le début d'activité de celui-ci¹⁶³.

Auront aussi un droit de gage étendu les créanciers ayant obtenus une renonciation à la scission patrimoniale, conformément aux articles L. 526-15 et L. L. 526-25 du Code de commerce. Attention toutefois, cette renonciation, lorsqu'elle ne sera pas accompagnée de la renonciation prévue au deuxième alinéa de l'article L. 526-3 du Code de commerce, ne permettra pas l'inclusion de la résidence principale de l'entrepreneur dans le gage de son

¹⁶⁰ V. M.-L. COQUELET, *op. cit.*, p. 218, n° 294 *in fine*, indiquant alors que l'entrepreneur « cumule la double qualité de débiteur et de créancier ».

¹⁶¹ Ce patrimoine constitue « leur gage nécessaire, mais pas [...] leur gage exclusif » (rapp. G. WICKER, *op. cit.* : Thémis, 2015, n° 26).

¹⁶² Toutefois, il était possible de rendre opposable la déclaration d'affectation à ces créanciers antérieurs, ainsi que le prévoyait l'article L. 526-12, alinéas 2 à 5 avant qu'il ne soit modifié par la loi dite « Sapin II » (V. L. n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 128)

¹⁶³ Mais dans ce cas, il ne s'agira pas d'une créance née pour les besoins de l'activité, laquelle n'existait pas encore.

créancier professionnel¹⁶⁴. Il faut relever à cet égard que contrairement à ce qui a parfois pu être avancé¹⁶⁵, les dispositions de la section 1 du chapitre VI du titre II du livre V du Code de commerce n'ont pas été rendues inutiles avec l'instauration du nouvel entrepreneur individuel et qu'au contraire, leur maintien leur confère ce rôle d' « *ultime rempart* »¹⁶⁶ agissant pour la protection de la résidence de l'entrepreneur, ce que l'article L. 526-22 semble lui-même prévoir¹⁶⁷. Une telle renonciation à la séparation des patrimoines pourra par exemple être requise pour l'octroi d'un prêt bancaire.

Enfin, semblablement à ce qui était prévu pour l'EIRL, ce sont l'administration fiscale et les organismes de sécurité sociale qui auront un droit de gage étendu au patrimoine personnel du nouvel entrepreneur individuel¹⁶⁸. Il faut toutefois préciser et nuancer le propos. D'un côté, la séparation des patrimoines sera inopposable à l'administration fiscale pour le recouvrement de l'impôt sur le revenu, des prélèvements sociaux¹⁶⁹ et de la taxe foncière lorsqu'elle concerne les biens immeubles utiles à l'activité professionnelle et elle sera tout aussi inopposable aux organismes de sécurité sociale pour le recouvrement de certaines impositions et contributions¹⁷⁰. D'un autre côté, la séparation des patrimoines sera inopposable à l'administration fiscale en cas de manœuvres frauduleuses ou d'inobservation grave et répétée des obligations fiscales par l'entrepreneur, mais aussi aux organismes de sécurité sociale en cas d'inobservation grave et répétée dans le recouvrement des cotisations et contributions sociales. Notons d'ailleurs que si certains auteurs semblent quelque peu désapprouver cet « *avantage* »¹⁷¹, le Conseil d'État a pu considérer que celui-ci était « *acceptable au regard des buts poursuivis [...], qui se rattachent à l'objectif de valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude ainsi qu'à l'objectif d'intérêt général d'effectivité du recouvrement des prélèvements obligatoires en cause* »¹⁷².

40. Utilité de la déclaration ? Qu'ils aient seulement pour droit de gage le patrimoine professionnel ou qu'ils aient un droit de gage étendu aux deux patrimoines de l'entrepreneur, les créanciers, dès lors qu'ils ont le patrimoine professionnel dans leur gage, auront tout intérêt

¹⁶⁴ Cette remarque vaut aussi pour tout autre bien immobilier rendu insaisissable par une déclaration notariée d'insaisissabilité.

¹⁶⁵ V. not. O. BUISINE, De l'entrepreneur en difficulté : *RPC* n°2, Mars 2022, étude 2, n° 99

¹⁶⁶ Pour reprendre les termes employés par Mme F. PEROCHON au sujet du maintien de ces textes pour l'EIRL lorsqu'il exerçait une activité dans le cadre de son patrimoine non affecté (F. PEROCHON, art. préc., n° 2). Dans le même sens, V. V. PERRUCHOT-TRIBOULET, art. préc., n°12 ; F. PETIT, art. préc., n° 15.

¹⁶⁷ V. Rapp. Assemblée nationale n°4811, préc., p. 28 : « *L'article introduit prévoit aussi que le nouveau statut de l'entrepreneur individuel peut se cumuler avec les dispositions relatives à l'insaisissabilité de certains biens immobiliers* ».

¹⁶⁸ V. C. Com., art. L. 526-24

¹⁶⁹ Toutefois, lorsque l'entrepreneur aura opté pour l'impôt sur les sociétés dans les conditions prévues à l'article 1655 sexies du Code général des impôts, le recouvrement ne pourra intervenir sur le patrimoine personnel (V. Livre des procédures fiscales, art. L. 273 B, III *in fine*).

¹⁷⁰ Lesquels sont mentionnés au deuxième alinéa de l'article L. 133-4-7 du Code de la sécurité sociale.

¹⁷¹ F. PETIT, art. préc., n° 14. Aussi, V. C. FAVRE-ROCHEX, art. préc., n° 13 : « *Contre la division des patrimoines qu'il promet, l'État se protège !* »

¹⁷² C.E., Avis sur un projet de loi en faveur de l'activité professionnelle indépendante, séances du 23 et du 28 sept. 2021, n° 403701

déclarer leur créance à la procédure collective appréhendant le patrimoine professionnel. Lorsqu'un créancier a pour seul droit de gage le patrimoine professionnel, l'intérêt de déclarer sa créance au passif de la procédure collective tombe sous le sens : sans celle-ci, il s'expose au risque de peut-être ne jamais pouvoir recouvrer ce qui lui est dû de quelque manière que ce soit¹⁷³. La logique peut sembler *prima facie* moins limpide pour le créancier qui dispose d'un droit de gage étendu. En effet, celui-ci disposant du droit de recouvrer sa créance sur l'un quelconque des patrimoines de l'entrepreneur, il pourrait trouver inutile d'avoir à se plier à la discipline collective. Il faut alors rappeler que toute créance, dès lors qu'elle est née pour les besoins de l'activité de l'entrepreneur, se trouve au passif du patrimoine professionnel, lequel est l'objet de la procédure. Il est donc indispensable qu'une telle créance « professionnelle » soit déclarée. Si toutefois la créance n'est pas née pour les besoins de l'activité professionnelle mais que le créancier concerné dispose d'un droit de gage étendu aux deux patrimoines de l'entrepreneur, il pourra décider de déclarer sa créance de manière à pouvoir obtenir un paiement dans le cadre de la procédure.

B. L'absence de déclaration

41. Inopposabilité de la créance à la procédure collective. Sauf à ce qu'il obtienne un relevé de forclusion, le créancier antérieur qui n'a pas déclaré sa créance dans un délai de deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture¹⁷⁴ est forclos : il ne peut plus participer à la procédure collective, ce qui implique qu'il ne puisse être admis dans les répartitions ou dividendes de celle-ci¹⁷⁵. Le créancier postérieur non privilégié s'expose à la même sanction, dès lors qu'il ne déclare pas sa créance dans les deux mois de son exigibilité¹⁷⁶.

42. Impossibilité de recouvrement. En ne déclarant pas sa créance, le créancier s'expose à un risque non négligeable : celui de ne jamais plus pouvoir obtenir le paiement de ce qui lui est dû.

Lorsque la procédure ouverte sera une sauvegarde ou un redressement judiciaire, le deuxième alinéa de l'article L. 622-26 du Code de commerce prévoit que le créancier exclu ne pourra pas exercer son droit de recouvrement pendant toute la durée du plan, que ce soit à l'égard du débiteur ou de son garant personne physique. Il ne lui resterait plus qu'à espérer que le débiteur ne tienne pas les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal car autrement, son droit serait perdu pour de bon.

Lorsque la procédure sera une liquidation judiciaire, il faut selon nous distinguer deux situations. Si la liquidation est clôturée pour extinction de passif, l'inopposabilité doit cesser puisque la procédure s'est achevée. Partant, le créancier non déclarant devrait pouvoir retrouver son droit de poursuite. En revanche, si la liquidation est clôturée pour insuffisance d'actif, un

¹⁷³ V. *infra* n° 41 s.

¹⁷⁴ V. C. Com., art. R. 622-24

¹⁷⁵ V. C. Com., art. L. 622-26

¹⁷⁶ V. C. Com., art. L. 622-24, al. 6

tel créancier ne devrait plus pouvoir recouvrer sa créance puisque l'effet principal d'une telle clôture est la non reprise des poursuites contre le débiteur. Admettre que ce créancier retrouve son droit de poursuite reviendrait à mieux le traiter que les créanciers déclarants, ce qui serait inconcevable.

Section 2 : L'effet de la procédure sur les créanciers

43. Perturbation de l'effet personnel. Lorsqu'une personne s'engage en contractant avec une autre, elle est débitrice de ses engagements envers celle-ci, laquelle dispose corrélativement d'une créance sur cette personne. Mais, lorsque cette personne est un entrepreneur à patrimoines séparés, l'explication se complexifie puisque si le créancier dispose toujours bel et bien d'un droit personnel envers son débiteur entrepreneur, l'exécution de ce droit est limitée en raison du fait que chaque patrimoine de l'entrepreneur ne réponde en principe que de « ses dettes »¹⁷⁷. Si l'on simplifiait outrageusement, on pourrait alors affirmer que le créancier dispose d'un droit sur l'un des patrimoines de son débiteur entrepreneur ; si l'on reprend l'hypothèse retenue, le patrimoine professionnel.

Cela nous conduit alors à revoir, à la lumière de cette hypothèse, l'effet de la procédure collective vis-à-vis des créanciers de l'entrepreneur à patrimoines multiples, effet tant limité (§ 1) que limitant (§ 2). Notons aussi que ce pan de l'étude a volontairement été écarté de la seconde partie – exclusivement consacrée à la personne du débiteur –, bien toutefois qu'il s'agisse, dans un cas comme dans l'autre, de s'attacher à l'effet personnel de la procédure collective.

§ 1 – Un effet limité : les créanciers concernés

44. Effet réel. Comme nous l'indiquons depuis le début de cette partie, la procédure collective a un effet limité puisqu'elle ne concerne que les créanciers qui ont un droit de gage sur le patrimoine objet de la procédure collective. Les créanciers du débiteur (**A.**) sont ainsi ceux à qui l'on pense naturellement. Un autre exemple que l'on peut donner de créanciers affectés par la procédure est celui des créanciers du conjoint commun en biens (**B.**).

A. Les créanciers du débiteur

45. Dette professionnelle. Nous l'avons déjà souligné¹⁷⁸, tous les créanciers du débiteur, dès lors que leur créance est née pour les besoins de l'activité professionnelle, sont nécessairement concernés par la procédure ouverte. Ils doivent donc procéder à la déclaration de leur créance pour espérer pouvoir la recouvrer en tout ou partie. Lorsque leur créance est

¹⁷⁷ Rappr. T. REVET, art. préc., n° 21

¹⁷⁸ V. *supra* n° 40

admise¹⁷⁹, ils sont soumis à la discipline de la procédure, ce qui a pour effet de les priver de certains de leurs droits.

En revanche, la situation n'est pas identique pour ceux disposant d'un droit de gage étendu sans pour autant être titulaire d'une créance qui soit professionnelle. Pour eux, si la participation à la procédure n'est pas dénuée d'intérêt en ce qu'elle permet de prétendre aux répartitions ou dividendes, il est toujours possible de poursuivre sur le patrimoine qui n'est pas soumis à l'effet réel de la procédure collective. Ainsi, ils ne subiront de restrictions que s'ils décident de prendre part à la procédure.

B. Les créanciers du conjoint commun en biens

46. Opposabilité de la séparation des patrimoines ? Lorsque deux personnes sont mariées sous le régime de la communauté, l'article 1413 du Code civil indique que le paiement des dettes que l'un ou l'autre des époux contracte peut être poursuivi sur les biens communs. Il est alors assez simple de comprendre que les créanciers professionnels de l'entrepreneur auront dans leur gage les biens communs, à condition toutefois qu'ils répondent positivement au critère de l'utilité à l'exercice de l'activité professionnelle indépendante. Réciproquement, les créanciers personnels de l'entrepreneur auront dans leur gage les biens communs non utiles à l'activité de celui-ci. Moins évidente est toutefois la question du gage des créanciers du conjoint commun en biens *in bonis*. Ici, il s'agit en réalité de savoir si la séparation patrimoniale de l'entrepreneur individuel est opposable *erga omnes*. Il nous semble qu'il faille considérer que le recours d'un tel créancier domestique sur les biens communs du couple ne puisse être restreint¹⁸⁰. Partant, lorsque le conjoint *in bonis* contracte une dette, son créancier pourra, pour obtenir paiement, poursuivre les biens propres de celui-ci ainsi que tous les biens communs, sans distinction selon leur utilité/inutilité à l'activité professionnelle du conjoint défaillant. Mais si toutefois, ce créancier entendait poursuivre sur des biens soumis à l'effet réel de la procédure collective de l'entrepreneur, il devrait, comme tout autre créancier, déclarer sa créance au passif de la procédure et il serait soumis à la règle d'interdiction des poursuites¹⁸¹.

§ 2 – Un effet limitant : la restriction des droits

47. Plan. En vue d'assurer un règlement « *collectif, ordonné et égalitaire* »¹⁸², les créanciers soumis à la procédure collective voient leurs droits restreints vis-à-vis du débiteur **(A.)**, mais aussi, dans une mesure quasiment identique, du garant **(B.)**.

¹⁷⁹ Lorsqu'elle ne l'est pas, elle est éteinte, ce qui a pour effet d'opérer à une libération du débiteur et, le cas échéant, de sa caution.

¹⁸⁰ En ce sens, V. Cl. FAVRE-ROCHEX, art. préc., n° 9 ; F. VAUVILLE, La situation du cohabitant de l'entrepreneur individuel, « penitus extraneus » ou cheval de Troie ? : *RPC* n°2, Mars-avril 2023, art. 15, n° 16

¹⁸¹ V. Ass. Plén., 23 dec. 1994, n° 90-15.305

¹⁸² M.-L. COQUELET, *op. cit.*, p. 235, n° 330

A. Restriction à l'égard du débiteur

48. Discipline collective. Dès l'ouverture de la procédure collective, les créanciers que celle-ci concerne subissent des restrictions quant à leurs droits, ce qui permet tout à la fois à geler le passif et à instaurer une discipline collective.

Premièrement, l'article L. 622-21, I, du Code de commerce¹⁸³ prévoit que le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ou à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent. L'action individuelle ainsi interrompue peut reprendre lorsque le créancier concerné aura déclaré sa créance à la procédure mais celle-ci ne pourra tendre qu'à la constatation de la créance et à la fixation de son montant¹⁸⁴. Ce point obéit d'ailleurs à une logique plus globale selon laquelle le débiteur a interdiction de payer les créances antérieures et postérieures non privilégiées¹⁸⁵. Le texte précité poursuit en indiquant que le jugement d'ouverture arrête ou interdit toute procédure d'exécution, de même qu'il interdit tout accroissement de l'assiette d'une sûreté réelle conventionnelle. Qui plus est, aucune nouvelle sûreté ne peut être inscrite à compter du jugement d'ouverture¹⁸⁶. Enfin, l'article L. 622-28 du Code de commerce indique que le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que de tous intérêts de retard et majorations.

B. Restriction à l'égard du garant

49. Procédure liquidative. En l'état actuel du droit, les restrictions que les créanciers connaissent jouent tant à l'égard du débiteur principal que de son garant personne physique. Une différence apparaît toutefois lorsque la procédure ouverte est une liquidation judiciaire puisque, dans ce cas, le garant ne peut se prévaloir de l'arrêt des poursuites individuelles ou de l'arrêt du cours des intérêts¹⁸⁷. Il faut d'ailleurs ajouter qu'en procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, les poursuites contre le garant sont interdites jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation judiciaire, mais une fois la période d'observation passée, le tribunal peut accorder à ces garants des délais ou un différé de paiement dans la limite de deux ans¹⁸⁸ et que, plus largement, ceux-ci peuvent se prévaloir des dispositions du plan¹⁸⁹.

50. Conclusion du chapitre. Lorsqu'un entrepreneur rencontre seulement des difficultés dans le cadre de son activité professionnelle, il n'y a pas grande difficulté, l'étendue de la

¹⁸³ Auquel renvoient les articles L. 631-14 et L. 641-3 du Code de commerce pour le redressement et la liquidation judiciaires.

¹⁸⁴ V. C. Com., art. L. 622-22

¹⁸⁵ V. C. Com., art. L. 622-7

¹⁸⁶ V. C. Com., art. L. 622-30

¹⁸⁷ En effet, selon l'article L. 641-3 du Code de commerce, seule la première phrase de l'article L. 622-28 du même code est applicable à la procédure de liquidation judiciaire.

¹⁸⁸ V. C. Com., art. L. 622-28, al. 2 *in fine*.

¹⁸⁹ V. C. Com., art. L. 626-11 (sauvegarde), applicable à la procédure de redressement judiciaire par renvoi de l'art. L. 631-19 (comp. V. C. Com., art. L. 631-20, dans sa rédaction antérieure au 1^{er} oct. 2021).

procédure étant globalement restreinte au patrimoine sujet à difficultés. Autrement formulé, si les difficultés n'ont touché que l'activité professionnelle de l'entrepreneur, c'est tout ce qui aura trait à cette activité qui sera appréhendé dans la procédure collective. *In fine*, c'est comme si la procédure ne s'appliquait qu'à une partie du débiteur, qu'à une seule facette de sa personnalité : celle du chef d'entreprise. La procédure collective vient ainsi protéger l'entreprise des actions individuelles de ses créanciers et étend en grande partie cette protection à la personne physique qui se sera portée garante pour elle.

Toutefois, cette simplicité n'est qu'apparente puisqu'elle présuppose, pour que les contours de la procédure soient définis, que ceux du patrimoine soumis à la procédure le soient, ce qui n'est pas sans soulever de questionnements sur ce critère de rattachement qu'est l'utilité.

Au-delà, la situation dans laquelle la procédure n'appréhenderait pas que le seul patrimoine professionnel risque d'être plus complexe et, selon la configuration, on pourrait presque voir resurgir l'effet réel de la procédure tel qu'on l'eut connu.

CHAPITRE 2 : LA QUASI-RENAISSANCE DE L'EFFET REEL DE LA PROCEDURE EN CONTEMPLATION DE L'UNITE PROCEDURALE

51. Innovation du nouveau statut. Si l'on met de côté l'hypothèse de l'extension, le nouvel entrepreneur individuel a cette particularité d'être le seul des entrepreneurs à patrimoines multiples à pouvoir bénéficier d'une procédure collective sur plusieurs patrimoines. Plus précisément, il peut, selon les cas, se voir ouvrir une procédure du livre VI du Code de commerce pour le traitement de difficultés éprouvées, soit au sein de son seul patrimoine professionnel¹⁹⁰, soit au sein de ses patrimoines professionnel et personnel¹⁹¹. Tout au contraire, la procédure collective de l'EIRL n'appréhende qu'un seul de ses patrimoines : celui des patrimoines affectés qui est en difficulté si l'activité est exercée avec affectation ou l'entier patrimoine non affecté si l'activité est effectuée sans affectation¹⁹².

52. Le retour d'une unicité de traitement ? Pour compléter les propos précédents, il faut ajouter que lorsque le nouvel entrepreneur individuel sera le sujet d'une procédure appréhendant à la fois son patrimoine professionnel et son patrimoine personnel, il sera en réalité soumis à une procédure sur son entier patrimoine¹⁹³ puisqu'il n'est à la tête que d'un seul patrimoine personnel – et c'est bien logique – mais surtout, il ne peut, contrairement à l'EIRL, constituer une pluralité de patrimoines professionnels¹⁹⁴. Serait-ce alors à dire que cette unité procédurale marquerait le retour de l'unicité de traitement qui caractérisait feu l'entrepreneur individuel à responsabilité illimitée et avec elle, l'empire de l'effet réel de la procédure ? Les textes sont, à l'heure actuelle, encore trop imprécis sur cette question mais, disons le d'avance, une réponse affirmative irait *a priori* contre la volonté du législateur, lequel a pensé ce nouveau statut comme protecteur de l'entrepreneur.

53. Duo incertain « une procédure – deux patrimoines ». Pour appréhender pleinement les effets de l'unité procédurale de l'entrepreneur individuel, la présentation des hypothèses dans lesquelles on la rencontrera (**section 1**) est un préalable indispensable à la démonstration que des ajustements sont nécessaires (**section 2**).

¹⁹⁰ V. C. Com., art. L. 681-2, II

¹⁹¹ V. C. Com., art. L. 681-2, III

¹⁹² V. C. Com., art. L. 680-1 et 680-2

¹⁹³ Sauf insaisissabilités.

¹⁹⁴ Hormis l'hypothèse bien particulière énoncée par l'article L. 681-2, VII du Code de commerce, qui prévoit la possibilité qu'a l'entrepreneur en liquidation judiciaire de démarrer une nouvelle activité professionnelle indépendante. Sur ce point, V. *infra* n° 115 s.

Section 1 : Des hypothèses multiples de procédures appréhendant les deux patrimoines

54. Compétence partagée rarissime. En principe, lorsque le tribunal de la procédure collective examine la situation patrimoniale de l'entrepreneur individuel¹⁹⁵ et qu'il constate que les conditions sont réunies, à la fois pour l'ouverture d'une procédure collective, mais aussi pour l'ouverture d'une procédure de surendettement, il traitera, dans un même jugement, des dettes dont l'entrepreneur individuel est redevable sur ses patrimoines professionnel et personnel¹⁹⁶. Ce n'est qu'à la triple condition¹⁹⁷ que la distinction des patrimoines professionnel et personnel ait été strictement respectée, que le droit de gage des créanciers dont les droits sont nés à l'occasion de l'activité professionnelle de l'entrepreneur ne porte pas sur son patrimoine personnel et que le débiteur ait donné son accord, que le tribunal de la procédure saisira la commission de surendettement aux fins de traitement des dettes dont l'entrepreneur individuel est redevable sur son patrimoine personnel.

Premièrement, sur l'accord indispensable du débiteur, le Professeur Françoise PEROCHON indique avec justesse : « *il nous paraît très regrettable que l'occasion de cette réforme n'ait pas été saisie pour en finir en droit du surendettement avec l'exigence systématique de l'accord du débiteur, aussi dégradée que soit sa situation, alors qu'elle peut être une source de blocage [...]* »¹⁹⁸.

Ensuite, les deux autres conditions risquent de n'être que très rarement vérifiées puisqu'elles exigent respectivement qu'il n'ait été fait aucun usage mixte des biens¹⁹⁹ et qu'aucun créancier professionnel n'ait un droit de gage étendu au patrimoine personnel de l'entrepreneur. Alors, la simple existence d'un ordinateur servant autant à l'activité professionnelle qu'aux loisirs de l'entrepreneur, d'une voiture servant tant aux déplacements professionnels que personnels, d'une pièce de la résidence familiale allouée à recevoir des clients ou encore d'un créancier dont les droits sont nés avant l'entrée en vigueur du nouveau statut de l'entrepreneur individuel²⁰⁰, d'un créancier titulaire d'une renonciation à la séparation des patrimoines, d'un créancier ayant un droit de gage étendu de part sa qualité de créancier fiscal ou social, serait de nature à faire échec à cette possible compétence partagée entre le tribunal de la procédure et la commission de surendettement. Au final, il y a même de quoi douter du fait que cette hypothèse se produise ne serait-ce qu'une fois. Précisément, il suffit qu'il y ait une once de perméabilité entre les patrimoines de l'entrepreneur pour que l'on écarte la compétence de la commission et nous le comprenons aisément puisque, pour tendre à un

¹⁹⁵ Sur la compétence unique du tribunal de la procédure collective, V. *infra* n° 89 s.

¹⁹⁶ C. Com., art. L. 681-2, III, al. 3

¹⁹⁷ Sur une possible quatrième condition qui serait celle de la bonne foi du débiteur, V. J.-L. VALLENS, art. préc.

¹⁹⁸ F. PEROCHON, art. préc., n° 21. V. aussi : P. CAGNOLI, Le tribunal de la procédure : chef d'orchestre des procédures de défaillance économique : RCP n° 6, nov. 2022, dossier 40, n° 18.

¹⁹⁹ V. C. VINCENT, Le redressement et la cession de l'activité professionnelle indépendante : RPC n°2, Mars-avril 2023, art. 11, n° 3

²⁰⁰ Donc, avant le 15 mai 2022.

traitement rapide et efficace de la défaillance, il serait improductif de se parasiter avec deux procédures menées respectivement par deux organes distincts, qui n'auront de cesse de se poser mille et une questions sur tous les sujets possibles. Mais alors, pourquoi ne pas avoir prévu une compétence générale du tribunal de la procédure collective lorsque le sujet de celle-ci est un entrepreneur individuel ?

55. Compétence unique fréquente. Puisque l'appréhension des difficultés touchant les patrimoines professionnel et personnel de l'entrepreneur sera la majeure partie du temps – pour ne pas dire tout le temps – réalisée par le tribunal de la procédure collective, nous savons désormais que le duo « une procédure – deux patrimoines » apparaîtra régulièrement et ce, parfois de manière différente (§ 1). Il faut aussi réserver l'hypothèse de l'extension de procédure, qui se manifeste aussi par l'existence d'une procédure unique mais qui obéit à une toute autre logique (§ 2).

§ 1 – Des cas nombreux et incertains

56. Plan. La compétence unique du tribunal de la procédure peut résulter de plusieurs hypothèses qui peuvent être scindées en deux sous-ensembles, selon que les difficultés éprouvées par l'entrepreneur apparaissent simultanément au sein de ses deux patrimoines (**A.**) ou successivement (**B.**).

A. Des difficultés simultanées

57. Cas classique. L'article L. 681-2, III du Code de commerce prévoit, dans son alinéa premier, que « *si les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article L. 681-1 sont réunies à la date du jugement d'ouverture, les dispositions des titres II à IV du présent livre qui intéressent les biens, droits ou obligations du débiteur entrepreneur individuel sont comprises, sauf dispositions contraires, comme visant à la fois les éléments du patrimoine professionnel et ceux du patrimoine personnel* ». Le tribunal devra alors apprécier à la fois, vis-à-vis de la situation du patrimoine professionnel de l'entrepreneur, si les conditions requises pour l'ouverture d'une procédure de sauvegarde²⁰¹, de redressement judiciaire²⁰² ou de liquidation judiciaire²⁰³ sont remplies et, vis-à-vis de la situation du patrimoine personnel de l'entrepreneur, si les conditions

²⁰¹ C. Com., art. L. 620-1, al. 1 : « *Il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L. 620-2 qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter.* »

²⁰² C. Com., art. L. 631-1, al. 1 : « *Il est institué une procédure de redressement judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné aux articles L. 631-2 ou L. 631-3 qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements.* »

²⁰³ C. Com., art. L. 640-1, al. 1 : « *Il est institué une procédure de liquidation judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné à l'article L. 640-2 en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible.* »

requis pour l'ouverture d'une procédure de surendettement²⁰⁴ sont remplies. Si tel est le cas, le tribunal traitera, « *dans un même jugement, des dettes dont l'entrepreneur individuel est redevable sur ses patrimoines professionnel et personnel, en fonction du droit de gage de chaque créancier*²⁰⁵, *sauf dispositions contraires* »²⁰⁶.

Très classiquement, le jugement d'ouverture de la procédure fera l'objet de mesures de publicité prévues par l'article R. 621-8 du Code de commerce²⁰⁷ et sera susceptible d'appel ou de tierce opposition, ainsi que le prévoient les articles L. 661-1 et L. 661-2 du Code de commerce. Ce cas n'est pas celui qui semble présenter le plus d'incertitudes, du moins du point de vue procédural. Nous l'aborderons plus en détail par la suite mais une telle procédure, bien qu'elle appréhende au final la quasi-entièreté du patrimoine de l'entrepreneur, ne saurait faire abstraction de la séparation patrimoniale qui caractérise le statut du nouvel entrepreneur individuel²⁰⁸.

B. Des difficultés successives

58. Cas envisagé par les textes. Le second alinéa de l'article L. 681-3 du Code de commerce prévoit, dans le cadre d'une procédure de surendettement ouverte à l'égard d'un entrepreneur individuel dont les difficultés concernaient à l'origine le seul patrimoine personnel²⁰⁹, que la commission de surendettement invite le débiteur à demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, dès lors qu'elle constate que les conditions requises sont remplies. Le texte poursuit en indiquant qu'alors, le tribunal compétent pour connaître des procédures collectives informera la commission de cette ouverture, ce qui aura pour effet de la dessaisir, à moins que les conditions prévues au IV de l'article L. 681-2 soient réunies. Ainsi, on retombe dans l'hypothèse pré-énoncée qui prévoit qu'il y ait par principe la compétence unique du tribunal de la procédure collective et par exception une compétence partagée entre celui-ci et la commission de surendettement.

59. Cas oublié par les textes. La loi du 14 février 2022 n'a toutefois pas envisagé le cas où le tribunal ouvrirait, suite à l'examen de la situation patrimoniale du débiteur qui révélerait la présence de difficultés sur son seul patrimoine professionnel, une des procédures prévues par les titres II à IV du livre VI du Code de commerce, avant que des difficultés ne finissent par naître au sein du patrimoine personnel de l'entrepreneur. Il y a pourtant fort à parier que ce cas, au même titre que les deux précédemment exposés, permette d'esquisser le portait type de la

²⁰⁴ C. Consom., art. L. 711-1, al. 2 : « *La situation de surendettement est caractérisée par l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes, professionnelles et non professionnelles, exigibles et à échoir.* »

²⁰⁵ Lequel est déterminé conformément à la section 3 du chapitre VI du titre II du livre V et au livre VI (C. Com., art. L. 681-2, III, al. 2).

²⁰⁶ V. C. Com., art. L. 681-3, al.

²⁰⁷ Lequel est enrichi pour l'entrepreneur individuel de l'article R. 681-4 du Code de commerce.

²⁰⁸ V. *infra* n° 73

²⁰⁹ V. C. Com., art. L. 681-2, III al. 3

procédure collective de l'entrepreneur individuel puisqu'à notre sens, même l'entrepreneur le plus précautionneux dans la gestion des deux pans de sa vie n'est pas à l'abri d'une « généralisation » des difficultés qu'il connaîtrait²¹⁰. En ce sens, la solution pourrait consister à raisonner par analogie, soit avec l'extension de procédure, soit avec la conversion de procédure.

§ 2 – Le cas particulier de l'extension de procédure par réunion des patrimoines

60. Généralités. L'extension de procédure²¹¹ est un mécanisme qui, généralement, permet d'étendre la procédure collective initialement ouverte à l'égard d'une personne, physique ou morale, à une autre personne, alors même que cette dernière ne présente pas de difficultés apparentes. Selon l'article L. 621-2, alinéa 2 du Code de commerce²¹², cette extension peut intervenir en cas de confusion des patrimoines ou de fictivité de la personne morale. Lorsque la procédure collective initiale concerne un entrepreneur à patrimoines multiples, cette extension vise à étendre la procédure initialement ouverte à un autre de ses patrimoines, de manière à « *faire sauter le verrou du “cloisonnement” organisé [...] entre ses patrimoines professionnel et personnel* »²¹³. Dans ce cas, on ne parlera pas d'extension de procédure mais de « réunion des patrimoines », sans doute pour appuyer la double idée que l'échelle n'est pas la même d'un cas à l'autre et que le sujet d'une procédure collective demeure celui qui a la personnalité juridique : le débiteur. Pourtant, l'expression « réunion des patrimoines » est déjà usitée pour décrire un phénomène bien plus large. Par ailleurs, que l'action soit désignée ainsi ou autrement ne change rien au constat suivant : nous avons là une preuve supplémentaire de la désubjectivation des procédures collectives car si la « réunion des patrimoines » est nécessaire au rétablissement d'une certaine unité patrimoniale, c'est bien le signe que la procédure initiale ne s'appliquait pas véritablement à une personne.

Ce mécanisme, même s'il aboutit, pour le nouvel entrepreneur individuel, au retour de l'unité procédurale, ne saurait être considéré comme semblable aux hypothèses préalablement présentées puisqu'il obéit à une logique fondamentalement différente. Plus qu'une simple unité procédurale, c'est une véritable unité patrimoniale qu'il restaure le temps de la procédure. Pour être mis en œuvre et produire ses effets **(B.)**, ce mécanisme suppose que l'entrepreneur réponde à l'un des critères nécessaires à sa mise en œuvre **(A.)**.

²¹⁰ Il suffit de reprendre l'exemple de l'« enfer des 3D », qui décrit le dépôt de bilan, le divorce et la dépression (MARTINEAU-BOURGNINAUD, art. préc.)

²¹¹ Il s'agit d'une action attitrée qui ne peut désormais plus être le fait du tribunal lui-même, lequel pouvait, avant une ordonnance du 12 mars 2014, se saisir d'office afin d'étendre la procédure (V. ord. n°2014-326 du 12 mars 2014, art. 16).

²¹² Ce texte, qui vise la procédure de sauvegarde, est aussi applicable au redressement judiciaire par renvoi de l'art. L. 631-7, al. 1^{er} et à la liquidation judiciaire par renvoi de l'art. L. 641-1, I, al. 1^{er}. V. néanmoins : P. PETEL, *op. cit.*, p. 50, note ss. n° 87, qui considère, vis-à-vis de la sauvegarde, que l'extension de procédure « *suppose la constatation de comportements difficilement compatibles avec l'esprit de cette procédure* ».

²¹³ M.-L. COQUELET, *op. cit.*, p. 99, n° 133

A. Les critères de l'extension de procédure par réunion des patrimoines

61. Confusion des patrimoines. Selon l'alinéa 3 de l'article L. 621-2 du Code de commerce « *un ou plusieurs autres patrimoines du débiteur peuvent être réunis au patrimoine visé par la procédure, en cas de confusion avec celui-ci* ». Comme énoncé préalablement, la confusion des patrimoines est un cas d'extension commun à toute entreprise. N'étant pas définie par la loi, la jurisprudence a pu retenir que la confusion des patrimoines supposait la démonstration d'un désordre particulier entre patrimoines, lequel peut se manifester de deux manières.

Dans un premier temps, il peut s'agir de relations financières anormales qui, dans la pratique, sont notamment caractérisées lorsqu'interviennent des transferts d'actifs venant avantager sans contrepartie un patrimoine au détriment d'un autre²¹⁴. L'hypothèse de « relations financières anormales », plus large que celle de « flux financiers anormaux » a aussi permis de fonder l'extension lorsqu'une personne a pu se placer en défaut de paiement par rapport à une autre, sans que cette dernière ne trouve de contrepartie à cet appauvrissement. Néanmoins, si l'entrepreneur n'a pas ouvert de compte bancaire pour l'exercice de son activité, comment qualifier la « normalité » ou l'« anormalité » des relations financières entre ses patrimoines ?²¹⁵

Dans un second temps, il peut s'agir d'une imbrication des patrimoines ayant pour origine une confusion entre certains éléments d'actif et de passif. Toutefois, parfois, l'entrepreneur ne sera pas astreint à la tenue d'une comptabilité en bonne et due forme, notamment lorsqu'il relèvera du régime du micro-BIC ou du micro-BNC. Alors, bien que la Cour de cassation ait eu l'occasion d'affirmer qu'une comptabilité certifiée et approuvée ne permettait pas de prouver l'absence de confusion des patrimoines²¹⁶, il faut bien admettre qu'*a contrario*, une absence totale de comptabilité pourrait rendre difficile la preuve de l'imbrication.

Dans un cas comme dans l'autre, certains éléments permettent de mettre en avant que ces hypothèses de confusion des patrimoines ne sont peut-être pas très adaptés au cas de l'entrepreneur individuel²¹⁷.

²¹⁴ Les exemples sont assez abondants en la matière mais le cas le plus fréquent serait celui du couple « SCI – société d'exploitation », V. not. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op. cit.*, p. 108

²¹⁵ Sur cette question, V. Rapp. Assemblée nationale n°4811, préc., p. 43

²¹⁶ Com., 27 sept. 2016, n° 14-29.278 : *Bull. civ. IV*, n° 123, relatif à un couple « SCI – société d'exploitation ».

²¹⁷ D'ailleurs, il avait été suggéré par le Sénat que la confusion des patrimoines du nouvel entrepreneur individuel ne puisse constituer un cas de réunion : V. Rapp. Assemblée nationale n°4811, préc., p. 43 : « *pour mieux protéger l'entrepreneur individuel, il (l'article présenté) substitue à la notion trop large de « confusion des patrimoines » une définition plus restrictive des cas justifiant que la procédure soit étendue au patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel à titre de sanction. [...] Les dispositions votées par le Sénat prévoient donc que le patrimoine personnel de l'entrepreneur ne puisse être réuni à son patrimoine professionnel, sur décision du tribunal, qu'en cas de manquements graves à ses obligations comptables, rendant impossible la détermination de la consistance de son patrimoine professionnel ou en cas d'actes anormaux de gestion graves et répétés.* » Toutefois, cette proposition n'a pas été retenue.

62. Cas spécifiques aux entrepreneurs à patrimoines séparés. Le même texte que celui visé précédemment prévoit deux cas²¹⁸ d'extension ne concernant pas le débiteur personne morale : celui où l'EIRL aurait commis « *un manquement grave aux obligations prévues à l'article L. 526-13* » et celui où l'entrepreneur à patrimoines séparés aurait commis « *une fraude à l'égard d'un créancier titulaire d'un droit de gage général sur le patrimoine visé par la procédure* ».

B. Les effets de l'extension de procédure par réunion des patrimoines

63. Masse patrimoniale unique. L'unicité patrimoniale étant restaurée, l'entrepreneur se retrouve alors dans une situation parfaitement semblable à celle de l'ancien entrepreneur individuel, dont le régime n'offrait aucun cloisonnement protecteur. Conformément aux articles 2284 et 2285 du Code civil, l'entrepreneur contre qui a été prononcée la réunion répondra des dettes nées de son activité professionnelle sur son entier patrimoine, ce que commande ici la réunion de ses patrimoines²¹⁹. En somme, ce traitement global signifie unicité de la procédure²²⁰ et de son issue. Cette solution est empreinte de justesse et permet, s'agissant de l'entrepreneur individuel, qu'il ne puisse trouver refuge derrière la cloison protectrice que lui offre son statut seulement lorsque cela lui est opportun.

Section 2 : Des ajustements nécessaires

64. Base inchangée. Il n'est pas ici la place de prévoir de longs développements sur l'opportunité du statut du nouvel entrepreneur individuel tel qu'il a été construit, ni même sur sa remise en cause. Plutôt, cette section s'attachera à formuler des réflexions sur les textes nouveaux formant désormais le droit positif puisque ceux-ci constituent une base sujette, *a minima*, à diverses interprétations jurisprudentielles (voire évolutions législatives), lesquelles doivent notamment intervenir au sujet de la conception de l'intérêt collectif (§ 1) mais aussi de l'issue de la procédure appréhendant les patrimoines professionnel et personnel de l'entrepreneur individuel (§ 2).

§ 1 – De la nécessité de remanier le concept d' « intérêt collectif »

65. Monopole. La discipline collective l'impose, un créancier n'a pas la possibilité d'exercer une action individuelle contre son débiteur lorsque ce dernier est soumis à une procédure collective. Pour autant, ses intérêts ne sont pas oubliés mais représentés par un

²¹⁸ Un autre cas visait l'EIRL avant qu'il ne soit supprimé par la loi dite « PACTE » : celui où le débiteur a commis un manquement grave aux règles de composition du patrimoine affecté, prévues au deuxième alinéa de l'article L. 526-6 du Code de commerce. Pour un arrêt qualifiant la réunion des patrimoines pour ce motif, V. Com., 7 févr. 2018, n° 16-24.481 : *Act. proc. coll.* 2018/6, alerte 75, obs. V. LEGRAND.

²¹⁹ Réunion qui, toutefois, est à distinguer de celle prévue à l'alinéa 8 de l'article L. 526-22 du Code de commerce, en ce qu'elle ne dure que le temps de la procédure ouverte.

²²⁰ D'ailleurs, le jugement qui prononce l'extension fait l'objet des mêmes mesures de publicité que le jugement d'ouverture (V. C. Com., art. R. 621-8-1, al. 4, qui opère un renvoi à l'art. R. 621-8 du même code).

mandataire²²¹, lequel dispose d'un monopole pour la défense de l'intérêt collectif des créanciers. En sauvegarde ou redressement judiciaire, il s'agira d'un mandataire judiciaire²²² et en liquidation judiciaire, d'un liquidateur²²³. Ce n'est qu'en cas de carence du mandataire que la défense de l'intérêt collectif peut être exercé par un créancier nommé contrôleur²²⁴.

Dans le silence de la loi, reste encore à savoir ce que l'on doit entendre par « intérêt collectif » des créanciers. Naturellement, la jurisprudence a pu nous offrir diverses conceptions de cet intérêt collectif, en revenant parfois sur des décisions décriées par une partie de la doctrine. Néanmoins, les solutions qui s'appliquaient hier trouvent peut-être leurs limites aujourd'hui avec l'instauration du statut du nouvel entrepreneur individuel (A.), ce qui appelle à une évolution de la compréhension de l'intérêt collectif (B.).

A. L'intérêt collectif confronté à la procédure collective de l'entrepreneur individuel

66. Intérêt collectif et protection du gage commun. Commençons par rappeler que fut un temps pas si lointain, la Cour de cassation avait affirmé que l'intérêt collectif des créanciers devait être compris comme étant l'intérêt de tous les créanciers. C'est ainsi que dans un arrêt du 13 mars 2012²²⁵, elle soutint que le liquidateur n'avait pas qualité pour agir en inopposabilité d'une déclaration notariée d'insaisissabilité pourtant irrégulièrement publiée et ce, parce qu'il existait des créanciers qui n'étaient pas affectés par cette déclaration, leurs droits étant nés avant celle-ci. Si nous devons nous identifier à la doctrine, nous serions de ceux qui critiquèrent vivement cette décision puisqu'une telle vision de l'intérêt collectif est de nature à le priver de tout son sens. Le professeur Françoise PEROCHON souligne avec justesse que « *la procédure collective fait apparaître un gage commun là où, au départ, existaient (seulement) des disparités de gage* »²²⁶ et que « *si l'intérêt collectif n'est que l'intérêt de tous, s'il ne transcende rien* » et « *est voué à s'évanouir au moindre conflit d'intérêts* »²²⁷.

On s'en soulagera, la Cour de cassation a fait quelque peu évoluer sa pensée sur cette question et considère désormais que c'est l'entière du gage des créanciers que le mandataire a mission de protéger et de reconstituer, ce qui implique qu'il puisse contester la régularité de la publicité d'une déclaration notariée d'insaisissabilité²²⁸ et ce, même si certains créanciers n'y trouvent *a priori* aucun intérêt.

²²¹ Telle est en tout cas l'organisation que l'on connaît aujourd'hui, qui succéda à ce que l'on appelait avant la « masse des créanciers », V. not. P. LE CANNU, D. ROBINE, *op. cit.*, p. 405, n° 577

²²² V. C. Com., art. L. 622-20, al. 1 (sauvegarde) et art. L. 631-14, al. 1^{er} (redressement judiciaire)

²²³ V. C. Com., art. L. 641-4, al. 4

²²⁴ V. C. Com., art. L. 622-20, al. 1^{er} *in fine* et art. R. 622-18

²²⁵ V. Com., 13 mars 2012, n° 11-15.438 : *Bull. civ. IV*, n° 53

²²⁶ F. PEROCHON, Efficacité de la déclaration notariée d'insaisissabilité... : oui mais après ? : RPC n° 4, juill. 2013, dossier 25, n° 27.

²²⁷ *Ibid*, n° 28

²²⁸ V. Com., 15 nov. 2016, n° 14-26.287 B. Dans cet arrêt, la cour relève que la solution apportée par l'arrêt du 13 mars 2012 « *a eu pour effet de priver les organes de la procédure collective de la possibilité de contester l'opposabilité de la déclaration d'insaisissabilité à la procédure* ».

67. Intérêt collectif et réalisation du gage commun. Même s'il est donc admis que le liquidateur puisse accomplir toute action qui permette de défendre le gage commun, il n'en reste pas moins qu'il est toujours perçu comme étant le défenseur de l'intérêt de tous les créanciers. Cette conception a un impact direct sur les biens qui peuvent être ou non réalisés par ce mandataire puisque dès lors que le bien n'est pas dans le gage commun, entendu comme étant le gage de tous les créanciers représentés, il ne peut pas être saisi. La Cour de cassation a affirmé en 2013 que « *le liquidateur ne peut légalement agir que dans l'intérêt de tous les créanciers et non dans l'intérêt personnel d'un créancier ou d'un groupe de créanciers* »²²⁹ et ses décisions les plus récentes ne semblent pas contredire cette affirmation²³⁰. Pourtant, on l'a déjà dit, l'intérêt collectif n'est pas l'intérêt de tous mais il est celui qui transcende les intérêts particuliers²³¹.

68. Intérêt collectif et nouvel entrepreneur individuel. S'il y a une caractéristique que l'on puisse attribuer à la procédure collective englobant patrimoines professionnel et personnel de l'entrepreneur individuel, c'est la multitude de gages différents qu'elle réunit. Sans chercher l'exhaustivité, on y retrouve ainsi des créanciers ayant pour seul gage le patrimoine personnel, d'autres ayant pour seul gage le patrimoine professionnel, d'autres les deux patrimoines de l'entrepreneur, sa résidence principale et autres biens immobiliers insaisissables toutefois non compris, voir des créanciers ayant pour gage l'entièreté de chaque patrimoine de l'entrepreneur ou même encore des créanciers ayant pour gage l'un des patrimoines plus un bien isolé au sein de l'autre patrimoine. Comme le résume un auteur, « *le passif de l'entrepreneur présentera une toile peinte de toutes les couleurs* »²³². Dans une telle configuration et si l'on conservait cette idée que le mandataire judiciaire ou le liquidateur est le représentant de tous les créanciers, quel est l'intérêt collectif qui pourra être défendu par ce prétendu représentant ? En réalité, il ne pourrait ici rien défendre du tout. Il est donc indispensable que soit redéfinie la notion d'intérêt collectif.

B. Un remaniement nécessaire du concept

69. Proposition principale : considérer deux « masses » de créanciers. À l'image de la dualité patrimoniale que caractérise le statut du nouvel entrepreneur individuel, il est *a*

²²⁹ Com., 18 juin 2013, n° 11-23.716

²³⁰ V. not. Com., 29 mai 2019, n° 18-16.097, arrêt dans lequel la cour retient que lorsqu'une procédure collective est ouverte avant l'entrée en vigueur de la loi offrant insaisissabilité de droit de la résidence principale (avant le 8 août 2015), l'immeuble est appréhendé puisque faisant partie du gage commun des créanciers ; Com., 13 avr. 2022, n° 20-23.165, arrêt dans lequel la cour retient que « *le liquidateur ne peut agir en licitation-partage de l'immeuble indivis constituant la résidence principale de l'indivisaire en liquidation judiciaire, que si tous les créanciers de la procédure ont des créances nées avant la publication de la loi* »

²³¹ V. not. P. LE CANNU, D. ROBINE, *op. cit.*, p. 802, n° 1244. Les auteurs ajoutent même que la réalisation d'un immeuble dont l'insaisissabilité n'est pas opposable à tous les créanciers en présence serait quand même dans l'intérêt de tous puisqu'elle « *aurait permis de désintéresser les créanciers non affectés par l'insaisissabilité grâce au prix et aurait alors été dans l'intérêt des autres créanciers qui auraient pu obtenir un désintéressement plus important à partir des autres actifs puisque le passif aurait ainsi été allégé* ».

²³² Ch. BASSE, art. préc.

minima nécessaire que la notion d'intérêt collectif se scinde en deux parties entre, d'un côté, l'intérêt collectif des créanciers personnels et, de l'autre, celui des créanciers professionnels. Cela permettrait à l'organe de la procédure en charge de la défense de l'intérêt collectif de pouvoir représenter celui-ci patrimoine par patrimoine²³³. Ainsi, le liquidateur pourrait réaliser les actifs du débiteur et procéder aux répartitions conformément aux droits de gage de chaque créancier, à l'exception peut-être des biens immobiliers insaisissables, ce pourquoi il est possible d'ajouter à cette proposition.

70. Proposition enrichie : considérer trois « masses » de créanciers. Cette recommandation s'attache à ce que la résidence principale ou les autres biens immobiliers insaisissables ne puissent pas échapper à la procédure « globale » de l'entrepreneur au motif qu'il existerait un créancier professionnel ayant un droit de gage étendu au patrimoine personnel, biens immobiliers insaisissables non compris²³⁴.

Dans le cadre d'une procédure collective sur le seul patrimoine professionnel de l'entrepreneur, nous comprenons amplement que les biens immobiliers insaisissables de l'entrepreneur soient considérés comme hors procédure, car il serait démesuré de les saisir alors même que leur insaisissabilité concerne l'immense majorité des créanciers professionnels. En revanche, dans le cadre d'une procédure collective « globale », faire sortir de tels biens de l'actif appréhendable au motif que tous les créanciers ayant pour droit de gage le patrimoine personnel ne peuvent pas toujours poursuivre sur ces biens précisément semble assez démesuré et surtout injuste pour les créanciers domestiques. À cela, il serait possible de rétorquer que des poursuites hors procédure puissent permettre de saisir ces biens mais il faudrait alors rappeler que le prix de la course est loin d'être satisfaisant, surtout pour ces créanciers domestiques non-institutionnels qui ignorent parfois qu'ils ont des droits et qu'il faut les faire valoir²³⁵.

En ce sens, nous proposerions que le mandataire soit, en plus du défenseur des intérêts collectifs des créanciers professionnels et personnels, le défenseur de l'intérêt collectif des créanciers disposant d'un droit de gage étendu, ou tout du moins qu'il soit fait en sorte que l'on n'exclue pas un bien pourtant dans le gage du plus grand nombre.

²³³ Dans le même sens, V. F. PETIT, art. préc., n° 26. Toutefois, s'agissant de ce qui pourrait relever d'un intérêt purement individuel, le créancier concerné doit rester compétent ; V. K. LAFAURIE, Les intérêts contradictoires des créanciers en droit des entreprises en difficultés : *RLDA* n° 183, 1^{er} juill. 2022, n° 10 s.

²³⁴ L'idée serait de dire que le patrimoine personnel serait le gage des créanciers personnels mais aussi des créanciers professionnels envers lesquels la séparation des patrimoines ne joue pas et que, partant, tout bien immobilier insaisissable serait dans le gage des uns mais pas des autres – à moins qu'ils ne soient aussi les heureux bénéficiaires d'une renonciation à l'insaisissabilité de ce bien –, ce qui le placerait *de facto* hors procédure.

²³⁵ Les créanciers personnels ont d'ailleurs été qualifiés par un auteur de « victimes collatérales du nouveau statut de l'entrepreneur individuel » (V. F. PETIT, art. préc., n° 9).

§ 2 – La problématique de l’issue d’une procédure appréhendant patrimoines professionnel et personnel

71. Opportunité d’issues différenciées ? L’unité procédurale que caractérise cette situation préalablement décrite (sous plusieurs angles) de difficultés touchant tant le patrimoine professionnel que le patrimoine personnel de l’entrepreneur pourrait, toute proportion gardée, rappeler l’unité de traitement que commande la procédure ayant, par extension ou réunion, étendu son emprise à une autre personne ou un autre patrimoine, voir même rappeler l’unité de traitement que commandait feu l’entrepreneur individuel à responsabilité illimitée. Mais, si l’on admettait alors cette unité de traitement, le nouveau statut prétendument protecteur de l’entrepreneur ne perdrait-il pas d’une part de son intérêt ? C’est une question que l’on se posa au commencement de cette étude et dont la réponse nous semblait si évidente qu’elle ne pourrait être contredite. Quelques questionnements subsidiaires suffirent à nous convaincre que différents opinions pouvaient coexister sur cette problématique, du moins sur le débat qui consiste à savoir si plusieurs issues sont envisageables **(B.)** puisque la question de l’unicité de traitement semble résolue **(A.)**.

A. Sous-procédures : rejet absolu de l’unité de traitement

72. Assurance du respect des droits de gage des créanciers. S’il n’apporte pas réponse à l’intégralité de nos interrogations, l’article L. 681-2, III, alinéa 3 du Code de commerce semble toutefois clair sur un point. Lorsqu’il indique que « *le tribunal traite, dans un même jugement, des dettes dont l’entrepreneur individuel est redevable sur ses patrimoines professionnel et personnel, en fonction du droit de gage de chaque créancier* », on peut comprendre que puisque chaque créancier conserve le gage qui est le sien (encore heureux !), il sera opéré un traitement différencié entre, d’un côté, les dettes personnelles et, de l’autre côté, les dettes professionnelles. C’est ce que nous pourrions alors assimiler à deux sous-procédures²³⁶ avec deux masses d’actif et deux masses de passif²³⁷, une sous-procédure s’intéressant au patrimoine professionnel de l’entrepreneur, l’autre à son patrimoine personnel. Chaque créancier trouverait alors sa place au sein de l’une des sous-procédures, avec cette particularité qu’en liquidation judiciaire, certains créanciers professionnels pourront aussi prétendre à venir au répartitions de la sous-procédure s’attachant au patrimoine personnel lorsqu’ils disposeront d’un droit de gage étendu. Si l’existence de ces sous-procédures permet de s’assurer que les droits de gage de tous les créanciers soient respectés, cela laisse toutefois une question en suspens : les deux sous-procédures doivent-elles avoir la même issue ?

²³⁶ V. O. BUISINE, art. préc. n° 78

²³⁷ V. Ph. ROUSSEL GALLE, Vive l’EI !: RPC n°4, juillet 2022, repère 4

B. Sous-procédures : issues identiques ou différenciées ?

73. L'opportunité de prévoir un traitement différencié à chaque patrimoine. Puisque les textes ne l'excluent pas, il apparaît indispensable de considérer, comme l'ont fait certains auteurs²³⁸, qu'une issue différente puisse être décidée pour chacun des patrimoines de l'entrepreneur individuel²³⁹. Premièrement, cette pluralité de solutions est emprunte de justesse puisque ce n'est que dans l'hypothèse d'une extension de procédure par réunion des patrimoines que l'issue doit être unique²⁴⁰ et ce, souvent parce qu'il n'existe qu'une réalité économique. Partant, cette pluralité donnerait l'opportunité d'offrir un traitement « sur mesure » des difficultés et permettrait ainsi, par exemple, de ne pas avoir à condamner le patrimoine personnel d'un entrepreneur, lequel se trouverait dans un état bien moins alarmant que celui d'un patrimoine professionnel composé d'une activité à l'agonie et vouée à disparaître. Ajoutons en passant qu'éviter au patrimoine personnel d'être soumis à la liquidation judiciaire permettrait à l'entrepreneur de ne pas subir de dessaisissement sur celui-ci, ce qui laisserait une véritable chance à son rebond²⁴¹.

C'est assurément la seule solution qui soit, en l'état actuel du droit, digne d'intérêt. Elle n'est toutefois pas exempte de défauts.

74. Critiques de la solution. Malgré que nous soyons de l'avis qu'il soit indispensable de prévoir deux issues potentiellement distinctes, nous nous interrogeons sur l'opportunité d'appliquer à un patrimoine personnel un traitement qui ne lui est pas du tout adapté²⁴². La sauvegarde et le redressement judiciaire ne sont-ils pas deux procédures dont les objectifs sont essentiellement tournés vers l'entreprise ?²⁴³ Seule la procédure de liquidation judiciaire échappe à cette critique puisqu'à notre sens, elle s'applique sans difficulté au patrimoine personnel, avec cette précision toutefois que la liquidation de celui-ci ne saurait emporter sa dissolution puisqu'étant consubstantiel à la personne, il n'est voué à disparaître qu'avec le décès de cette dernière.

Du reste, il y a une combinaison d'issues qui présente un potentiel danger pour l'entrepreneur²⁴⁴ : celle où son activité ferait l'objet d'un plan de cession, tandis que son

²³⁸ V. not. P. ROSSI, *Entrepreneur individuel et procédure collective – À propos de l'article 5 de la loi n°2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante* : *JCP E* 2022, 1138, n° 27 ; Ph. ROUSSEL GALLE, art. préc. ; P. CAGNOLI, art. préc., spéc. n° 27.

²³⁹ Toutefois, envisageant qu'une autre lecture des textes puisse amener à une solution différente, V. P. CAGNOLI, art. préc. n° 30 s. Selon lui, il serait possible de considérer que l'on déterminerait premièrement la procédure collective à appliquer au patrimoine professionnel de l'entrepreneur et que, dans le cas où la procédure traiterait aussi des difficultés de son patrimoine personnel, ce dernier se voit appliquer les règles de la procédure retenue pour le patrimoine professionnel.

²⁴⁰ V. P. CAGNOLI, art. préc., n° 29

²⁴¹ V. *infra* n° 99

²⁴² Dans le même sens, V. P. ROSSI, art. préc., n° 27 ; C. VINCENT, art. préc. n° 11

²⁴³ La procédure de sauvegarde étant « destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif » (C. Com., art. L. 620-1, al. 1^{er}) et le redressement judiciaire ayant pour but « permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif » (C. Com., art. L. 631-1, al. 3)

²⁴⁴ V. C. VINCENT, art. préc. n° 13 s.

patrimoine personnel se verrait appliquer les règles du redressement judiciaire. La cessation d'activité impliquant la réunion des patrimoines de l'entrepreneur, ce dernier pourrait se retrouver à payer sur son patrimoine personnel (désormais patrimoine unique) la part des dettes professionnelles qui n'aura pas pu être assumée par le prix de cession de l'entreprise. Cette « dette supplémentaire » pourrait compromettre le remboursement des échéances du plan de redressement du patrimoine personnel et mener ainsi à la résolution de celui-ci. En ce cas, l'activité est sauvée puisque cédée à un tiers repreneur mais la situation personnelle du débiteur entrepreneur aura été aggravée à cause de sa situation professionnelle²⁴⁵.

75. Conclusion du chapitre. Nous l'avons vu, la renaissance de l'effet réel de la procédure collective lorsque celle-ci concerne les patrimoines professionnel et personnel de l'entrepreneur individuel n'est complète que lorsqu'il s'agit d'appréhender ces patrimoines réunis du fait d'une extension, ce que commande la confusion des patrimoines ou la fraude à l'égard d'un créancier. En dehors de ce cas particulier, ce n'est pas une réalité économique unique qu'il s'agit d'appréhender mais deux réalités relativement²⁴⁶ distinctes qui représentent pour l'une la vie professionnelle de l'entrepreneur et pour l'autre sa vie personnelle et familiale. Partant, la procédure unique devra, pour respecter ces deux réalités, prévoir en son sein l'existence de deux sous-procédures et veiller au respect des droits et intérêts des différents groupes de créanciers. Ainsi, il serait faux d'avancer que dans ce cas, l'effet réel de la procédure retrouverait l'empire qui était le sien lorsque toute personne ne disposait que d'un patrimoine unique et indivisible, car unité procédurale ne signifie pas pour autant unité patrimoniale.

76. Conclusion de la partie. Au final, même lorsque la procédure collective ne se contente pas d'appréhender la défaillance du seul patrimoine professionnel de l'entrepreneur, nous sommes bien forcés d'admettre que celle-ci s'attache bien moins à sa personne qu'à ses biens. Désormais, les difficultés sont appréciées patrimoine par patrimoine afin de déterminer quel traitement de la défaillance il faut prescrire et même lorsqu'il s'agit de soigner une défaillance globale, il ne doit pas être question de faire abstraction de la compartimentation des patrimoines, caractéristique centrale de l'entrepreneur à patrimoines séparés. Il ne peut être fait exception à ce respect de la dualité que lorsqu'une réunion des patrimoines peut être prononcée, action qui n'est permise que dans des cas limitativement prévus par la loi. Alors, en dehors de ce cas particulier²⁴⁷, on ne peut plus admettre sans risquer d'être imprécis que la procédure opère à un effet de saisie de l'ensemble des biens du débiteur par ses créanciers. Tout au

²⁴⁵ Pour aller un peu plus loin, C. VINCENT écrit : « on comprend ici que l'intérêt de l'entreprise et du patrimoine professionnel, prime sur celui du débiteur et de son patrimoine personnel. Sans surprise, en réalité, cette loi « en faveur de l'activité professionnelle indépendante », et non en faveur de l'entrepreneur lui-même, favorise effectivement l'entreprise. La perméabilité des patrimoines, instaurée par la loi, permet d'atteindre ce résultat » (C. VINCENT, art. préc. n°11)

²⁴⁶ Puisque procédure unique signifie tout de même que la perméabilité des patrimoines n'est pas totale.

²⁴⁷ Pour reprendre une formulation énoncée par un auteur, « la pluralité de patrimoines devient la règle et l'unicité de patrimoine, l'exception » (M. MENJUCQ, Loi en faveur de l'activité professionnelle indépendante : la deuxième mort d'Aubry et Rau : RPC n°1, janv. 2022, repère 1).

contraire, la procédure se désubjectivise, appréhendant la défaillance d'un patrimoine constitué de biens dont le point commun est leur utilité ou inutilité à l'exercice de l'activité professionnelle indépendante. La place des biens étant alors devenue centrale, reste à savoir quelle place résiduelle occupe désormais le débiteur, lequel ne peut être considéré comme étant étranger à cette procédure.

SECONDE PARTIE :

LA PLACE DU DEBITEUR DANS UNE PROCEDURE COLLECTIVE DESUBJECTIVEE

77. Grand bouleversement de l'effet personnel de la procédure collective. On l'a expliqué tout du long de la partie précédente, le nouveau statut impératif de l'entrepreneur individuel est venu rajouter cette exigence centrale que les difficultés d'une personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante soient systématiquement appréciées horizontalement et donc, patrimoine par patrimoine. Il en résulte ainsi une conception renouvelée de l'effet réel de la procédure collective, dont on a vu à quel point celui-ci pouvait être à géométrie variable. Conséquence logique à cela, l'effet personnel de la procédure collective s'en trouve malmené et l'étendue de son empire avec, certaines de ses caractéristiques lui ayant été amputées, à tel point qu'il soit permis de se demander s'il subsiste toujours...

78. Mort de l'effet personnel ? Ces observations étant faites, il faut néanmoins garder à l'esprit que si la personne du débiteur ne semble plus avoir une place centrale dans la procédure du fait de ce truchement des patrimoines personnel et professionnel, celle-ci n'a pas totalement disparu et trouverait même, à notre sens, à faire peau neuve sur certains aspects. L'idée fondamentale ici est que la personne reste et restera l'unique sujet de la procédure collective.

79. Plan. Ainsi, le débiteur occupe une place certaine au sein de la procédure collective ouverte à son encontre, constat qui se vérifiera dès l'ouverture de celle-ci (**chapitre 1**) mais aussi et surtout, aux alentours de sa clôture (**chapitre 2**).

CHAPITRE 1 : L'ANCRAGE DE L'EFFET PERSONNEL DE LA PROCEDURE COLLECTIVE DES SON

OUVERTURE

80. Plan. La personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante est sujet de la procédure collective (**section 1**), ce qui emportera certains effets sur elle (**section 2**).

Section 1 : Le débiteur en tant que sujet de la procédure collective

81. Objet mais pas sujet. Si l'on se souvient tous avoir déjà entendu qu'il n'était pas possible de prendre le thé avec une personne morale, il est tout aussi impossible de contredire l'affirmation selon laquelle personne n'a jamais vu un patrimoine endetté se rendre au tribunal pour demander l'ouverture d'une procédure collective. Si le patrimoine est indéniablement l'objet de la procédure collective, il ne peut en être le sujet. Cela emporte deux séries de remarques quant à l'éligibilité de l'entrepreneur à la procédure collective (§ 1) et la compétence d'un tribunal unique pour apprécier la situation de cet entrepreneur (§ 2).

§ 1 – L'éligibilité de l'entrepreneur individuel à l'ouverture d'une procédure collective

82. Droit des « entreprises » en difficultés. Bien qu'étant dépourvue de signification juridique, la notion d'entreprise permet de regrouper en son sein les deux catégories de personnes éligibles aux procédures collectives que sont les personnes morales de droit privé et les personnes physiques à la tête d'une entreprise individuelle, que ces dernières soient en activité (**A.**) ou qu'elles ne le soient plus (**B.**).

A. Entrepreneur et activité

83. Élargissement progressif. À l'origine réservées pour les seuls commerçants, les procédures collectives ont trouvé peu à peu à s'appliquer à d'autres catégories de personnes²⁴⁸ pour qu'aujourd'hui, elles le soient à « à toute personne exerçant une activité commerciale, artisanale ou une activité agricole [...] et à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé »²⁴⁹.

84. Illisibilité des textes. *In fine*, la procédure collective trouvera à s'appliquer à toute personne physique, dès lors qu'elle exerce une activité indépendante à titre habituel et ce, qu'importe la nature de l'activité. Dès lors, il nous semble inutile que de nombreux articles du Code de commerce soient alourdis par la formule atrocement longue de « *personne exerçant*

²⁴⁸ Sur l'évolution, V. not. P. LE CANNU, D. ROBINE, *op. cit.*, p. 202 s., n° 264 s.

²⁴⁹ C. Com., art. L. 620-2, al. 1, L. 631-2, al. 1 et L. 640-2, al. 1

une activité commerciale, artisanale ou une activité agricole [...] et à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé », de même que n'est pas spécialement plus utile la formule visant l'« *entrepreneur dont le statut est défini à la section 3 du chapitre VI du titre II du livre V* » ; un effort de simplification serait alors grandement appréciable...²⁵⁰ En ce sens, nous viserions simplement ici l'« entrepreneur », sans distinction aucune selon la nature de son activité, pourvu que celle-ci soit exercée individuellement et à titre de profession habituelle.

B. Entrepreneur et inactivité

85. Appréciation distincte. La cessation d'activité de l'entrepreneur ne fait pas obstacle à l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire dès lors qu'il existe un passif imputable à cette activité ayant mené à la cessation des paiements. Bien entendu, n'est pas concernée ici l'hypothèse de la sauvegarde puisque lorsque l'activité professionnelle a cessé, il ne peut plus être question de la sauver.

Depuis l'instauration du nouveau statut de l'entrepreneur individuel, une distinction est à opérer entre la cessation d'activité volontaire **(1.)** et la cessation d'activité consécutive à un décès **(2.)**.

1. L'entrepreneur retiré des affaires

86. Unité patrimoniale. Les entrepreneurs peuvent se voir appliquer une procédure de redressement judiciaire²⁵¹ ou de liquidation judiciaire²⁵² « *après la cessation de leur activité professionnelle, si tout ou partie de leur passif provient de cette dernière* »²⁵³. Une telle possibilité peut permettre de déjouer la manœuvre qui consisterait pour un chef d'entreprise, soit à arrêter arbitrairement son activité dans le but par exemple de favoriser l'un de ses créanciers au détriment des autres, soit à considérer plus simplement que les raisons justifiant l'ouverture d'une procédure collective disparaîtrait s'il est mis un terme à l'activité exercée. Toutefois, l'article L. 526-22 alinéa 8 du Code de commerce prévoit qu'en cas de cessation de l'activité professionnelle indépendante, les patrimoines personnel et professionnel de l'entrepreneur sont réunis. En conséquence, puisqu'il n'y a plus de cloisonnement entre les patrimoines, la procédure collective s'appliquera au patrimoine unique de l'entrepreneur, ce qui

²⁵⁰ V. en ce sens : P. ROSSI, art. préc., n° 8 ; F. PEROCHON, art. préc., n° 4. Il reste néanmoins un intérêt résiduel au maintien de la distinction puisque la nature de l'activité déterminera quel sera le tribunal qui sera compétent pour connaître de la procédure collective.

²⁵¹ V. C. Com., art. L. 631-3, al. 1. Voir aussi, considérant que cette procédure ne devrait trouver à s'appliquer dans l'hypothèse d'une cessation d'activité : P. LE CANNU, D. ROBINE, *op. cit.*, p. 216, n° 283.

²⁵² V. C. Com., art. L. 640-3, al. 1

²⁵³ Une pareille formulation implique que l'état de cessation des paiements n'a pas obligatoirement à précéder la cessation d'activité. Alors, si un passif se révèle après la cessation d'activité et que celui-ci provient en tout ou partie de l'activité professionnelle précédemment exercée, une procédure de redressement ou de liquidation trouvera à s'appliquer, V. en ce sens : Com., 4 juill. 2018, n° 17-16.056 : *Bull. civ. IV*, n° 80 : *Rev. soc.* 2018. 534, note Ph. ROUSSEL GALLE.

aura pour effet d'appréhender tous ses biens et dettes et pas seulement ceux qui étaient rattachés à l'activité professionnelle. Comme l'a souligné un auteur, « *l'entrepreneur souhaitant cesser son activité aura tout intérêt à n'avoir pas accumulé les dettes professionnelles, au risque de découvrir que la protection légale était éphémère* »²⁵⁴.

2. L'entrepreneur décédé

87. Cantonnement de la procédure. Lorsque l'entrepreneur « *est décédé alors que le patrimoine engagé par l'activité ou les activités professionnelles était en cessation des paiements, le tribunal peut être saisi, dans le délai d'un an à compter de la date du décès, sur l'assignation d'un créancier, quelle que soit la nature de sa créance, ou sur requête du ministère public* » ou alors « *sans condition de délai par tout héritier du débiteur* » pour l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire²⁵⁵ ou de liquidation judiciaire²⁵⁶.

Pour l'EIRL, cette hypothèse vise l'un de ses patrimoines affectés ou son patrimoine non affecté lorsque l'activité est exercée sans affectation²⁵⁷. En revanche, pour le nouvel entrepreneur individuel, cette hypothèse vise son seul patrimoine professionnel puisque dans ce cas, l'article L. 526-22 alinéa 8 du Code de commerce prévoit qu'il n'y aura pas réunion des patrimoines.

§ 2 – La compétence d'un tribunal unique pour apprécier la situation d'une personne unique

88. Porte d'entrée unique. Désormais, peu importe de quelle nature seront les difficultés qu'il subit, l'entrepreneur devra en faire part au seul tribunal compétent pour connaître des procédures collectives **(A.)**. Cela laisse indubitablement une place réduite à la commission de surendettement **(B.)**.

A. La place centrale du tribunal de la procédure

89. Généralités. La nature de l'activité du débiteur est déterminante de la compétence d'attribution puisque le tribunal de commerce sera compétent pour connaître des procédures ouvertes à l'encontre de toute personne physique ou morale exerçant une activité commerciale ou artisanale quant le tribunal judiciaire sera compétent dans les autres cas²⁵⁸. Sur la

²⁵⁴ Cl. FAVRE-ROCHEX, art. préc., n° 14. Toutefois, considérant que cette réunion des patrimoines ne devrait valoir que pour l'avenir, P. LE CANNU, D. ROBINE, *op. cit.*, p. 246, n° 329 : « *Une telle solution serait inique et ruinerait en partie les efforts réalisés pour protéger l'entrepreneur individuel. Pourquoi un entrepreneur individuel qui aurait du bénéficier de la protection de son patrimoine personnel devrait-il en être privé parce qu'il a cessé son activité ? Ne pourrait-on pas dès lors considérer que la réunion des patrimoines prévue par l'article L. 526-22 ne vaut que pour l'avenir ?* »

²⁵⁵ V. C. Com., art. L. 631-3, al. 2

²⁵⁶ V. C. Com., art. L. 640-3, al. 2

²⁵⁷ Puisqu'aux termes de l'article L. 680-1 du Code de commerce, « *lorsque les dispositions des titres Ier à VI du présent livre sont appliquées à raison des activités professionnelles exercées par un entrepreneur individuel à responsabilité limitée, elles le sont patrimoine par patrimoine* ».

²⁵⁸ V. C. Com., art. L. 621-2, L. 631-7 et L. 641-1

compétence territoriale et s'agissant du seul cas du débiteur personne physique domicilié en France²⁵⁹, le tribunal compétent sera celui dans le ressort duquel le débiteur aura déclaré l'adresse de son entreprise ou de son activité²⁶⁰, ce qui ne se confond pas nécessairement avec l'adresse de son domicile.

90. Compétence de principe pour tout entrepreneur individuel. L'article L. 681-1 du Code de commerce prévoit que « *toute demande d'ouverture d'une procédure prévue aux titres II à IV du présent livre ou d'une procédure de surendettement prévue au livre VII du code de la consommation à l'égard d'un (nouvel) entrepreneur individuel [...] est portée devant le tribunal compétent pour connaître des procédures prévues aux titres II à IV du présent livre* ». Le tribunal de la procédure devient ainsi le « *chef d'orchestre des procédures de défaillance économique* »²⁶¹. Ainsi, à titre d'exemple, si l'entrepreneur n'a de difficultés que sur son seul patrimoine personnel et qu'il aimerait solliciter le bénéfice de mesures pour le traitement de sa situation de surendettement, il ne devra pas s'adresser à la commission de surendettement mais au tribunal de la procédure collective, qui ne pourra pas se contenter d'examiner la seule situation du patrimoine personnel de l'entrepreneur mais devra porter son analyse sur ses deux patrimoines²⁶². Il existera alors des cas où le tribunal sera amené à ouvrir une procédure qui n'aura pas été demandée, ce qui invite à se poser la question de savoir si cela peut être assimilé à une saisine d'office²⁶³.

Partant, la commission de surendettement n'aura eu aucun rôle à jouer jusque-là, alors même que c'est elle qui est traditionnellement compétente pour connaître de la situation de surendettement des particuliers²⁶⁴. Aussi, il est prévu que le tribunal de la procédure collective reçoive des missions du juge des contentieux de la protection²⁶⁵ et qu'il soit compétent pour connaître des contestations relatives à la séparation des patrimoines de l'entrepreneur individuel qui pourraient s'élever à l'occasion de la procédure ouverte²⁶⁶.

B. La place secondaire de la commission de surendettement

91. Deux hypothèses. Premièrement, lorsque les difficultés de l'entrepreneur touchent ses deux patrimoines mais que « *la distinction des patrimoines professionnel et personnel a été strictement respectée et que le droit de gage des créanciers dont les droits sont nés à l'occasion de l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel ne porte pas sur le patrimoine*

²⁵⁹ Sur les autres cas, V. not. M.-L. COQUELET, *op. cit.*, p. 123 s., n° 167 s. ; P. LE CANNU, D. ROBINE, *op. cit.*, p. 307 s., n° 415 s. ; P. PETEL, *op. cit.*, p. 55 s., n° 94 s.

²⁶⁰ V. C. Com., art. R. 600-1

²⁶¹ P. CAGNOLI, art. préc. (titre).

²⁶² Sachant que cet exercice de qualification de la situation de surendettement ne sera certainement pas chose aisée pour les magistrats du tribunal de la procédure qui devront alors certainement être formés à cet exercice nouveau, V. en ce sens : O. BUISINE, art. préc., n° 74.

²⁶³ Rappr. P. ROSSI, art. préc., n° 22.

²⁶⁴ V. C. Consom., art. L. 712-1

²⁶⁵ V. C. Com., art. L. 681-2, IV, al. 1 *in fine*. V. aussi, soulignant que c'est l'exercice des fonctions de juge des contentieux de la protection qui sera le moins évident : P. CAGNOLI, art. préc., n° 6

²⁶⁶ V. C. Com., art. L. 681-2, V

personnel de ce dernier, le tribunal qui ouvre la procédure saisit, avec l'accord du débiteur, la commission de surendettement aux fins de traitement des dettes dont l'entrepreneur individuel est redevable sur son patrimoine personnel »²⁶⁷. Dans ce cas seront alors applicables les dispositions du livre VII du Code de la consommation ainsi que le sixième alinéa de l'article L. 526-22 du Code de commerce²⁶⁸. Toutefois, il faut noter que cette possible compétence partagée n'est qu'une exception²⁶⁹ que nous n'aurons pas l'occasion de rencontrer fréquemment dans la pratique puisque la totale perméabilité qu'elle exige risque d'être rarissime si ce n'est inexistante²⁷⁰.

Deuxièmement, l'article L. 681-3 du Code de commerce prévoit que lorsque le tribunal ne constate de difficultés que sur le seul patrimoine personnel de l'entrepreneur, il renvoie l'affaire devant la commission de surendettement, avec l'accord du débiteur. Nous l'avons déjà souligné, le maintien de cette exigence de l'accord du débiteur, aussi dégradée que soit sa situation, peut être une source de blocage²⁷¹. Quoiqu'il en soit, ici encore, les dispositions du livre VII du Code de la consommation ainsi que le sixième alinéa de l'article L. 526-22 du Code de commerce seront applicables. Toutefois, un retour devant le tribunal de la procédure collective sera possible puisque selon la suite du texte préalablement cité, « si la commission de surendettement constate au cours de la procédure que les conditions en sont remplies, elle invite le débiteur à demander l'ouverture d'une procédure prévue aux titres II à IV du présent livre ». Dans ce cas, « le tribunal qui ouvre cette procédure en informe la commission de surendettement, qui est dessaisie, sauf si les conditions prévues au IV de l'article L. 681-2 sont réunies ». Sur ce point, les observations formulées par le professeur Françoise PEROCHON²⁷² sont tout à fait pertinentes. Dans ce deuxième cas, on retrouverait alors le principe de compétence exclusive du tribunal de la procédure, sinon l'exception de la compétence partagée, dont on a dit qu'elle serait (très) peu fréquente.

92. Opportunité loupée ? Certains auteurs sont de l'avis que la logique de simplification affichée par le législateur est pour l'heure inachevée et qu'elle devrait se poursuivre afin que l'on mette en place un modèle qui ne distingue pas selon que les difficultés sont d'origine personnelle ou professionnelle²⁷³. Il apparaît en effet que cette distinction, fondée notamment

²⁶⁷ V. C. Com., art. L. 681-2, IV

²⁶⁸ Selon lequel « 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 ».

²⁶⁹ Exception qui, alors, pose une interrogation sur « la légitimité d'un texte qui institue une séparation de patrimoines et présume qu'elle n'a pas été respectée » (F. PEROCHON, art. préc., n° 25).

²⁷⁰ Sur ce point, V. *supra* n° 54

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² F. PEROCHON, art. préc., n° 22 : « comment et sur quelles bases l'organe du surendettement – en charge du traitement du seul patrimoine personnel – procéderait-il à ce constat afférent au patrimoine professionnel ? Surtout, « l'invitation » prévue par le texte est extraordinairement peu pratique. Nous aurions compris que la commission doive aussitôt informer de son constat le président du tribunal et/ou le ministère public... Il n'en est rien : « elle invite le débiteur... » (!) et il va falloir une usine à gaz réglementaire pour le cas où l'entrepreneur « invité » ne bougerait pas et ne demanderait pas l'ouverture de son redressement ou de sa liquidation judiciaires... ». Dans le même sens, V. égal. : O. BUISINE, art. préc., n° 85 ; P. CAGNOLI, art. préc., n° 18.

²⁷³ En ce sens, V. P. ROSSI, art. préc., n° 1 ;

sur l'idée que les finalités du droit des entreprises en difficulté et du droit du surendettement n'obéissent pas à la même logique²⁷⁴, est fort mal adaptée pour les très petites entreprises. En réalité, pour ces entreprises de subsistance, les difficultés subies au sein de l'un des patrimoines ne manqueront pas d'avoir des répercussions sur l'autre patrimoine²⁷⁵, de la même manière que les difficultés d'un agent économique sont parfois susceptibles d'impacter la santé financière d'un autre agent économique partenaire. En ce sens, l'idée pourrait être de consacrer un véritable droit spécial de l'entrepreneur en difficulté²⁷⁶.

Section 2 : L'effet de la procédure sur le débiteur

93. Variabilité. Le professeur Philippe ROUSSEL GALLE écrivait que « *l'effet réel de la procédure collective est parfois limité par son effet personnel, ou plus précisément par l'existence des droits attachés à la personne du débiteur et de ses droits propres* ». ²⁷⁷ Sans remettre en cause ces dires, nous pouvons désormais préciser le propos en disant que bien que l'effet réel soit d'ampleur variable, il n'en reste pas moins que subsisteront toujours certains droits attachés à la personne du débiteur, précisions qui invitent alors à se pencher sur ses pouvoirs (§ 1), mais aussi ses revenus (§ 2).

§ 1 – Les pouvoirs de l'entrepreneur placé en procédure collective

94. Cas de l'entrepreneur à patrimoines séparés. Désormais, la restriction des pouvoirs de l'entrepreneur à patrimoines séparés n'est pas celle que l'on connaissait autrefois s'agissant de l'entrepreneur à patrimoine unique, c'est-à-dire lorsque la procédure collective ouverte avait pour effet d'appréhender l'entier patrimoine du débiteur et ce, en application du principe d'unicité du patrimoine. Au contraire, les contraintes inhérentes aux procédures collectives et imposées à l'entrepreneur à patrimoines séparés, aussi variables soient-elles, seront limitées au(x) seul(s) patrimoine(s) soumis à la procédure collective. Ici, l'effet réel de la procédure, dont on a démontré qu'il était variable, aura alors un impact sur son effet personnel.

Soulignons par ailleurs que, qu'importe que la procédure ouverte soit une sauvegarde, un redressement judiciaire ou une liquidation judiciaire, le nouvel entrepreneur individuel est en quelques sortes lié par l'utilisation de ses biens. En effet, selon l'article L. 681-2, VI du Code de commerce, il lui est faite interdiction, sous réserve du versement de ses revenus, de modifier son patrimoine professionnel, lorsqu'il en résulterait une diminution de l'actif de ce patrimoine²⁷⁸. Le texte rajoute que tout acte passé en violation de cette interdiction est annulé

²⁷⁴ V. not. J. VALLENSAN et C. REGNAUT-MOUTIER, « Faillite » des entreprises et surendettement des particuliers – Étude comparative et prospective in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron* : JGDJ, 2008, spéc. p. 462., relevant que « *la protection de l'entreprise est une loi économique alors que la protection du particulier est une loi sociale* ».

²⁷⁵ En ce sens, V. not. F. PEROCHON, art. préc., n° 16

²⁷⁶ Sur cette proposition, cf. conclusion générale.

²⁷⁷ Ph. ROUSSEL GALLE, Effet personnel et effet réel des procédures collectives, art. préc.

²⁷⁸ Pour l'EIRL, V. C. Com., art. L. 680-6.

à la demande de tout intéressé ou du ministère public dans le délai de trois ans à compter de sa date.

95. Étendue des restrictions de pouvoirs. L'ampleur des difficultés ayant une influence directe sur la procédure collective ouverte, les restrictions de pouvoirs qui peuvent être imposées au débiteur sont d'ampleur variable, ce qui impacte par là même ses pouvoirs résiduels. Cela nous invite alors à envisager le cas où le débiteur est placé en sauvegarde ou en redressement judiciaire **(A.)**, mais aussi celui, plus incertain, où il est placé en liquidation judiciaire **(B.)**.

A. L'encadrement en sauvegarde ou en redressement judiciaire

96. Surveillance, assistance ou représentation du débiteur. En procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, une période d'observation est prévue afin que soient évaluées les perspectives et les modalités d'élaboration d'un plan. Cette période, si elle est fondamentalement nécessaire, n'en reste pas moins dangereuse et peut faire notamment craindre le risque que soient accomplis certains actes venant compromettre les chances de sauvetage de l'entreprise ou l'égalité entre les créanciers. Pour cela, certaines restrictions de pouvoirs peuvent exister.

En sauvegarde, le principe est qu'il n'y a pas d'altération du pouvoir dont dispose le débiteur pour gérer son entreprise. Dès lors, « *l'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant* »²⁷⁹, qui peut tout au plus avoir à rendre compte des actes accomplis à l'administrateur, lorsqu'il en aura été désigné un²⁸⁰. En somme, l'administrateur ne dispose dans cette procédure que d'une mission de surveillance du débiteur²⁸¹.

En redressement judiciaire, l'existence d'un état de cessation des paiements peut faire naître ce doute sur les capacités qu'a le débiteur à gérer son entreprise. Pour cela, un administrateur peut être nommé afin, soit, de l'assister²⁸², soit, de le représenter²⁸³.

97. Étendue des pouvoirs résiduels. Il est de certains pouvoirs qui restent entre les mains du débiteur. En premier lieu, il continue à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration, ainsi que les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur²⁸⁴, laquelle sera d'ampleur variable selon que la procédure collective appréhendera les deux patrimoines de l'entrepreneur ou seulement son patrimoine professionnel. De plus, sans risquer, selon les cas, la nullité de l'acte ou son inopposabilité à la procédure, il peut continuer d'accomplir des actes de gestion courante, lesquels sont réputés

²⁷⁹ V. C. Com., art. L. 622-1, I

²⁸⁰ V. C. Com., art. L. 621-4, al. 3 et 4

²⁸¹ Il peut aussi s'agir d'une mission d'assistance, ce qui est largement critiquable dans le cadre d'une procédure préventive qui vise à anticiper une potentielle cessation des paiements, V. C. Com., L. 622-1, II.

²⁸² V. C. Com., art. L. 631-12, al. 2

²⁸³ *Ibid*

²⁸⁴ V. C. Com., art. L. 622-3, al. 1^{er} (sauvegarde), art. L. 631-14, al. 1^{er} (redressement judiciaire)

valables à l'égard des tiers de bonne foi²⁸⁵, quand bien même ils auraient été conclus en violation des pouvoirs reconnus à l'administrateur. Aussi, tout comme en procédure de liquidation judiciaire, le débiteur pourra exercer seul les actes conservatoires ainsi que ses droits propres dans la procédure, aux rangs desquels figurent les voies de recours²⁸⁶. Enfin, il exerce seul les droits et actions qui sont intimement liés à sa personne, précision qui n'a désormais d'intérêt que si les deux patrimoines de l'entrepreneur individuel sont concernés par la procédure ouverte, soit que trouve à s'appliquer l'article L. 681-2, III du Code de commerce, soit que soit prononcée une extension de procédure par réunion des patrimoines puisqu'autrement, ces droits appartenant au patrimoine personnel de l'entrepreneur, ce dernier ne pourrait subir aucune restriction les concernant.

B. Le dessaisissement en liquidation judiciaire

98. Entrepreneur individuel à responsabilité illimitée et EIRL. Selon l'article L. 641-9, I du Code de commerce, dans sa version applicable avant la loi du 14 février 2022, « *le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens même de ceux qu'il a acquis à quelque titre que ce soit tant que la liquidation judiciaire n'est pas clôturée* ». Le dessaisissement touche ainsi tous les biens, présents et à venir, qui se rattachent au patrimoine visé par la procédure, ce qui s'entend, pour l'entrepreneur à patrimoine unique, de l'intégralité de ce même patrimoine, y compris les biens communs si le débiteur est marié sous le régime de la communauté, impliquant alors que le conjoint commun en biens *in bonis* ne puisse ni les administrer, ni en disposer²⁸⁷ ; pour l'EIRL, du patrimoine affecté à l'activité en difficulté lorsque l'activité est exercée avec affectation ou de l'intégralité du patrimoine non affecté dans le cas contraire. Le texte poursuit en indiquant que « *les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont exercés pendant toute la durée de la liquidation judiciaire par le liquidateur* ».

99. Désaisissement spécial. L'article précité, adapté pour prendre en compte l'existence du nouveau statut de l'entrepreneur individuel, dispose, dans sa version applicable depuis le 15 mai 2022, que la portée du dessaisissement qui frappe l'entrepreneur individuel²⁸⁸ en liquidation judiciaire est réduite aux biens « *composant le patrimoine engagé par l'activité professionnelle* »²⁸⁹. Lorsque la procédure liquidative n'appréhende que la situation du patrimoine professionnel, cette précision est inutile puisque la solution ne fait absolument aucun doute : on assiste là au « musellement » de l'effet réel de la procédure collective tel que nous

²⁸⁵ V. C. Com., art. L. 622-3, al. 2nd (sauvegarde), art. L. 631-14, al. 1^{er} (redressement judiciaire)

²⁸⁶ V. C. Com., art. L. 661-1, I., préc.

²⁸⁷ V. not. Com., 4 oct. 2005, n° 04-12.610 : *Bull. civ.*, n° 193

²⁸⁸ Lorsqu'il a débuté son activité postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la loi, précitée.

²⁸⁹ Même si le texte n'était pas ainsi rédigé, la solution était la même pour l'EIRL puisqu'en toute hypothèse et sauf extension, la procédure collective ne visait que les éléments du patrimoine affecté lorsque l'activité était réalisée avec affectation, de sorte que le dessaisissement ne pouvait viser que les biens de ce patrimoine.

avons pu le décrire plus tôt²⁹⁰. En revanche, ce rajout, ainsi qu'il a été formulé, laisse entendre que lorsque les difficultés sont générales et touchent alors les patrimoines personnel et professionnel de l'entrepreneur²⁹¹, seul le patrimoine professionnel est visé par la règle du désaisissement²⁹². En effet, lorsque l'article L. 681-2, III du Code de commerce précise qu'en ce cas, les dispositions des titres II à IV du livre VI qui intéressent les biens, droits ou obligations du débiteur entrepreneur individuel sont comprises, « *sauf dispositions contraires* »²⁹³, comme visant à la fois les éléments du patrimoine professionnel et ceux du patrimoine personnel, le rajout, qui fut opéré par la même loi à l'article L. 641-9, I de ce même code, s'entend, selon nous, comme l'une de ces dispositions contraires.

À ceux qui considéreraient que le désaisissement devrait être général lorsque la procédure appréhende les patrimoines personnel et professionnel, soit parce que la solution inverse serait dangereuse, soit parce que la liquidation des biens prévue par le droit du surendettement des particuliers s'accompagne, elle, d'un dessaisissement²⁹⁴, nous répondrons qu'une telle solution n'est pas non plus idéale : des réflexions subséquentes sur les revenus du débiteur placé en procédure collective donneront matière à le démontrer²⁹⁵.

100. Limites au dessaisissement. Retenons l'hypothèse selon laquelle le dessaisissement ne concernera dans tous les cas que le patrimoine professionnel, sauf bien entendu hypothèse d'extension de procédure par réunion des patrimoines. Dès lors, le débiteur ne subissant aucun dessaisissement vis-à-vis de son patrimoine personnel, il en conserve l'entière gestion²⁹⁶. Au-delà, il continuera d'accomplir les actes et d'exercer les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission du liquidateur ou de l'administrateur lorsqu'il en aura été désigné²⁹⁷. Par conséquent, il pourra exercer seul les actes conservatoires ainsi que ses droits propres dans la procédure, aux rangs desquels figurent les voies de recours²⁹⁸. Ici toutefois et contrairement à ce qui est permis en procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, le débiteur ne pourra accomplir d'acte qualifiable d'acte de gestion courante. Précisons aussi que dans le cas où la procédure collective appréhenderait les patrimoines personnel et professionnel de l'entrepreneur, celui-ci devra donner son accord pour que soient réalisés les biens ou droits acquis au titre d'une succession ouverte après l'ouverture ou le prononcé de la procédure ou pour que soit provoqué le partage de l'indivision pouvant en résulter²⁹⁹. De même, si le débiteur

²⁹⁰ Cf. première partie, chapitre 1^{er}, n° 12 s.

²⁹¹ Sans toutefois que leur séparation soit remise en cause puisque dans le cas d'une extension par réunion des patrimoines, le désaisissement devra être général.

²⁹² En ce sens, V. P. LE CANNU, D. ROBINE, *op. cit.*, p. 389, n° 552. Toutefois, considérant au contraire que le désaisissement serait total à la lumière de l'article L. 681-2, III, al. 1^{er} : C. VINCENT, art. préc., n° 10.

²⁹³ C. Com., art. L. 681-2, III, nous soulignons.

²⁹⁴ V. C. Consom., art. L. 742-15

²⁹⁵ V. *infra* n° 108

²⁹⁶ V. P. LE CANNU, D. ROBINE, *op. cit.*, p. 392, n° 556

²⁹⁷ V. C. Com., L. 641-9, I, al. 3

²⁹⁸ V. C. Com., art. L. 661-1, I., préc.

²⁹⁹ V. C. Com., art. L. 642-22, I

y consent, certains biens ou droits qui se situent hors procédure peuvent être réalisés par le liquidateur lorsque cette cession facilitera la réalisation des actifs soumis à la procédure³⁰⁰.

101. Sanction du dessaisissement. Dans un arrêt de 1995, la Cour de cassation considère que puisque le débiteur n'est frappé d'aucune incapacité, l'accomplissement d'un acte juridique en violation du dessaisissement n'est pas frappé de nullité mais seulement, cet acte est inopposable à la procédure collective³⁰¹. Dans la mesure où depuis, aucune loi ne s'est exprimée sur une quelconque solution, fût-elle différente, celle-ci devrait continuer à s'appliquer.

§ 2 – Les revenus de l'entrepreneur placé en procédure collective

102. Absence dans le droit commun. L'article L. 526-18 du Code de commerce, qui dispose que l'EIRL détermine les revenus qu'il verse dans son patrimoine non affecté, n'a pas son équivalent au sein de la section qui traite du statut du nouvel entrepreneur individuel³⁰². Pourtant, les références à ces mêmes revenus sont nombreuses au sein du livre VI du Code de commerce³⁰³, de sorte que l'on puisse conclure à un simple oubli au sein du livre V, ce qui n'emporterait pas interdiction à l'entrepreneur de prélever des sommes sur son patrimoine professionnel afin de rémunérer son travail³⁰⁴.

103. Question d'importance cruciale. Lorsqu'il sera dessaisi sous l'effet d'une procédure de liquidation judiciaire, la problématique de la condition financière du débiteur personne physique ne devra pas être négligée. Sa situation est en effet bien différente de celle d'une société placée en procédure liquidative puisque cette dernière n'a de raison d'être que l'activité ou les activités qui justifient son existence. Tout au contraire, l'entrepreneur, au-delà d'être un « homme d'affaires », est simplement un homme, un mari, un père de famille, qui doit pouvoir subvenir à ses besoins et à ceux de son foyer. Alors, *« l'activité peut cesser, la vie continue pour le débiteur »*³⁰⁵.

104. Plan. L'ampleur de la procédure collective aura des conséquences sur la détermination des revenus **(A.)**. Ensuite, ce sera le sort de ces revenus qui sera potentiellement affecté par l'étendue de la procédure collective **(B.)**.

³⁰⁰ V. C. Com., art. L. 642-22, II

³⁰¹ V. Com., 23 mai 1995, n° 93-16.930

³⁰² V. C. Com., livre V, chapitre VI, section 3 : Du statut de l'entrepreneur individuel (art. L. 526-22 à L. 526-26)

³⁰³ V. not. C. Com., art. L. 631-1, 12°, L. 631-11, al. 2, L. 681-2, VI

³⁰⁴ V. en ce sens : T. REVET, art. préc., n° 23 ; *contra* : F. PEROCHON, art. préc., n° 9.

³⁰⁵ V. P. FROEHLICH, Sort du débiteur personne physique – Vivre en procédure collective. Rémunérations, subsides, activité salariée : *RPC* n° 1, janv. 2013, dossier 4, n° 5

A. La détermination des revenus

105. Maintien en l'état ou fixation par le juge-commissaire. En sauvegarde, puisqu'aucun texte ne traite de la rémunération du débiteur personne physique, on considère que celui-ci reste libre de la fixer comme il le souhaite. En redressement judiciaire, le principe est que la rémunération que se verse l'entrepreneur pour les fonctions qu'il exerce est maintenue en l'état³⁰⁶, sauf décision contraire du juge-commissaire³⁰⁷. En liquidation, sauf hypothèse de l'exercice d'une nouvelle activité dans les conditions prévues par l'article L. 641-9, IV du Code de commerce³⁰⁸, l'article L. 641-11 de ce même code prévoit que la rémunération du débiteur³⁰⁹ est fixée par le juge-commissaire.

106. Subsidés. Que ce soit en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire, le juge-commissaire peut, lorsque l'entrepreneur ne touche aucune rémunération, lui allouer des subsidés. Il s'agit d'une somme d'argent³¹⁰ qui serait prélevée sur l'actif³¹¹ et versée à l'entrepreneur à titre d'aide, de secours, pour lui permettre d'assurer ses besoins ainsi que ceux de sa famille³¹². Pour leur détermination, il est prévu que le juge-commissaire doit prendre en compte des revenus éventuellement perçus au titre du/des patrimoine(s) non visé(s) par la procédure collective. Il faut tout de même souligner que leur recours est peu fréquent³¹³.

B. Le sort des revenus

107. Ancien entrepreneur individuel. Lorsque l'entrepreneur était à la tête d'un patrimoine unique, la procédure collective ouverte à son encontre avait pour effet de s'étendre à l'intégralité de son patrimoine³¹⁴. Ainsi, lorsqu'il était placé en procédure de liquidation judiciaire, les revenus qu'il pouvait tirer de l'exercice d'une activité salariée³¹⁵, étaient intégrés

³⁰⁶ Cette règle n'est pas vieille puisqu'avant la loi dite « PACTE » (art. 56), c'était le juge-commissaire qui fixait la rémunération du débiteur soumis à une procédure de redressement judiciaire. Sur une critique de la solution antérieure, V. V. MARTINEAU-BOURNINAUD, Le rebond du débiteur dans la loi PACTE : *BJE* 2019. 50 : « Ce dispositif, obsolète et humiliant, porte indéniablement atteinte à l'honneur et à la réputation du dirigeant et constitue un obstacle psychologique au rebond en contribuant à rendre l'expérience de l'échec décourageante voir stigmatisante »

³⁰⁷ V. C. Com., art. L. 631-11.

³⁰⁸ V. *infra* n° 115 s.

³⁰⁹ Cette situation se rencontre la plupart du temps lorsque la liquidation judiciaire est accompagnée d'un maintien provisoire de l'activité puisqu'en règle générale, qui dit liquidation dit aussi cessation d'activité. Sur l'administration et la gestion de l'entreprise pendant cette période, V. M.-L. COQUELET, *op. cit.*, p. 387, n°539 s.

³¹⁰ Généralement, ces subsidés vont l'objet d'un versement unique puisque s'ils étaient versés sur plusieurs mois, cela pourrait s'assimiler à une rémunération, V. B. AMIZET, Entrepreneur individuel – Vivre en procédure collective, *RPC* n° 6, nov. 2022, dossier 44, n° 12.

³¹¹ Sur la question de savoir si ces subsidés sont nécessairement matérialisés par une somme d'argent, V. B. AMIZET, art. préc., n° 13 s.

³¹² Toutefois, considérant que ces subsidés devraient être supprimés tant ils sont infamants, V.V. MARTINEAU-BOURNINAUD, art. préc.

³¹³ V. P. FROELICH, art. préc., n° 18

³¹⁴ V. not. Com., 27 nov. 1991, n°90-11.122 : *Bull. civ.* IV, n°360 ; D. 1992. 81, note F. DERRIDA

³¹⁵ Qui était la seule possibilité qui lui soit reconnue (V. *infra* n° 114).

dans le dessaisissement et pouvaient dès lors, hors fraction insaisissable, être saisis par le liquidateur.

108. Séparation des patrimoines de l'entrepreneur : deux hypothèses³¹⁶ concernant l'exercice d'une nouvelle activité. Si l'on considère ici l'hypothèse selon laquelle le désaisissement caractéristique de la liquidation judiciaire ne s'appliquerait qu'au patrimoine professionnel et ce, qu'importe l'étendue de la procédure collective, les revenus tirés d'une nouvelle activité exercée par le débiteur ne devraient pas être appréhendés par la procédure collective en ce qu'ils appartiennent au patrimoine personnel de celui-ci. Ils échapperaient par conséquent à l'effet réel de la procédure collective.

En revanche, si l'on considère qu'une procédure collective appréhendant les patrimoines professionnel et personnel³¹⁷ de l'entrepreneur emporte désaisissement total de l'entrepreneur, plusieurs remarques sont à émettre et, disons le d'avance, elles témoignent toutes de l'incompatibilité de cette hypothèse avec l'objectif du rebond affichée par le législateur. Premièrement, on pourrait s'interroger sur l'intérêt qu'aurait l'entrepreneur à exercer une activité salariée, si c'est pour craindre que la rémunération tirée de celle-ci soit appréhendée par la procédure collective. Bien qu'une part de la rémunération soit insaisissable, il faut tout de même admettre le caractère démotivant qu'une telle solution présenterait. De même, comment pourrait-il librement se saisir de la possibilité que lui offre le droit de démarrer une nouvelle activité professionnelle indépendante³¹⁸ si le dessaisissement dont il souffre l'empêche d'administrer et de gérer ses biens personnels³¹⁹ ? Et, si, non sans mal, il y parvenait, devrait-on, lorsqu'il y en a³²⁰, lui retirer les revenus tirés de cette nouvelle activité ? Prôner le droit au rebond du chef d'entreprise méritant est une bonne chose, encore faudrait-il qu'il ne soit pas totalement illusoire dans ce cas.

109. Conclusion du chapitre. Démontrer que la personne du débiteur entrepreneur individuel ne s'efface pas totalement à l'ouverture de la procédure collective aura permis de soulever d'énigmes imperfections à ce nouveau statut. Un effort de simplification a été entrepris puisque, bien qu'étant à la tête de deux patrimoines, il a été considéré que la situation du nouvel entrepreneur individuel devait être analysée par une seule et même entité, signe que, même si l'objet de la procédure est le patrimoine, son sujet reste indiscutablement l'entrepreneur. Malgré cela, il nous semble que les effets de la procédure sur le débiteur demeurent assez incertains, particulièrement dans l'hypothèse d'une procédure liquidative appliquée indistinctement au patrimoine personnel et au patrimoine professionnel du débiteur, sans toutefois qu'il y ait

³¹⁶ V. *supra* n° 99

³¹⁷ V. C. Com., L. 681-2, III

³¹⁸ Sur ce point, V. *infra*, n° 115 s.

³¹⁹ V. Ph. ROUSSEL GALLE, Entrepreneur individuel – L'EI à un euro ! : *RPC* n°6, nov. 2022, repère 6, qui écrit que la critique consistant à dire que le financement de ce patrimoine pourrait poser difficulté n'est pas déterminante, tout en réservant l'hypothèse où le patrimoine personnel serait affecté par la liquidation judiciaire.

³²⁰ Puisque la rentabilité d'une affaire est loin d'être concomitante à sa création.

confusion entre ceux-ci. Préoccupants sont les doutes qui concerneraient alors l'articulation entre un dessaisissement corrélatif et un droit au rebond. Alors et *a minima*, certains progrès restent encore à faire pour améliorer ce statut impératif.

CHAPITRE 2 : LA RECRUESCENCE DE L'EFFET PERSONNEL DE LA PROCEDURE A SA CLOTURE

110. Place centrale du comportement du chef d'entreprise³²¹. Bien que la personne du débiteur ait tendance à s'effacer une fois prise la décision de la soumettre, en tant que sujet, à la procédure collective, celle-ci ne disparaît pas pour autant de l'équation. Notamment, son comportement et ses agissements passés et présents sont de nature à influencer tant le déroulement de la procédure que son « après ». Cette importance de l'attitude du débiteur se remarquera particulièrement en procédure liquidative³²², lorsque se posera plus ou moins directement la question du sort de l'homme, lorsque celui de son entreprise aura été scellé.

Ainsi, un droit au rebond sera accordé au débiteur digne de mansuétude (**section 1**) alors qu'un arsenal de sanction pourra trouver à s'appliquer à celui qui aura fait preuve de malhonnêteté (**section 2**).

Section 1 : Le pardon du chef d'entreprise méritant : le rebond

111. Successeur de l'échec. L'idée du rebond trouve à s'appliquer lorsque le chef d'entreprise n'a justement plus d'entreprise : pour le nouvel entrepreneur individuel, lorsque son patrimoine professionnel ou ses patrimoines professionnel et personnel se trouve(nt) dans une situation irrémédiablement compromise. Son droit au rebond se manifestera classiquement pendant et à l'issue de la procédure de liquidation judiciaire (§ 1), laquelle dispose toutefois de variantes caractérisées par leur rapidité et leur simplicité (§ 2).

§ 1 – Procédure de liquidation judiciaire et rebond économique

112. Condamnation de la France. Outre la volonté de favoriser le rebond, le désaisissement qui caractérise la situation du débiteur dans une procédure de liquidation judiciaire ne devrait pouvoir s'éterniser. Pourtant, la France a pu être condamnée à plusieurs reprises par la Cour européenne des droits de l'homme pour durée excessive d'une liquidation judiciaire³²³. La Cour de cassation a pu alors considérer³²⁴ que « *lorsqu'il existe un actif réalisable de nature à désintéresser en tout ou partie les créanciers, la violation du droit du débiteur a être jugé dans un délai raisonnable et de celle, qui en résulte, de son droit d'administrer ses biens et d'en disposer, n'est pas sanctionnée par la clôture de la procédure* ».

³²¹ Par commodité, cette expression sera utilisée pour désigner à la fois le dirigeant d'une personne morale et l'entrepreneur individuel puisque le domaine des sanctions trouve à s'appliquer relativement indistinctement à l'une et l'autre de ces personnes.

³²² Dans les autres procédures, ce sont les objectifs de poursuite de l'activité et de sauvegarde des emplois qui sont sur le devant de la scène (V. C. Com., art. L. 620-1, al. 1 et L. 631-1, al. 3)

³²³ V. not. CEDH 22 sept. 2011, n° 60983/09, Tetu c/ France.

³²⁴ Com., 16 déc. 2014, n° 13-19.402 PBRI

*de liquidation des biens mais lui ouvre l'action en réparation prévue à l'article L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire, qu'il peut exercer au titre de ses droits propres »*³²⁵.

113. Plan. La deuxième chance accordée au débiteur se manifestera pendant la procédure (A.), mais aussi à sa clôture (B.).

A. Pendant la procédure : la possibilité offerte au débiteur de démarrer une nouvelle activité

114. Interdiction. Sous l'empire de la loi de sauvegarde, il était fait interdiction au débiteur personne physique d'exercer une quelconque activité professionnelle indépendante dès lors qu'il était placé en liquidation judiciaire³²⁶. Cette interdiction, bien que constituant une entrave au rebond³²⁷, permettait d'éviter que soit ouverte une seconde procédure collective envers une seule et même personne lorsque celle-ci ne disposait que d'un seul et unique patrimoine³²⁸ et était déjà dessaisie du fait de l'existence d'une première procédure liquidative. Autrement formulé, en vertu du principe de l'unicité du patrimoine, faillite sur faillite ne vaut. Toutefois, on l'a expliqué, ce principe ne régit plus la situation des personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante.

115. Entrepreneurs à patrimoines séparés. Lorsqu'un entrepreneur avait recours au statut de l'EIRL, il avait la possibilité de « *poursuivre l'exercice d'une ou de plusieurs de ces activités, si celles-ci engag(aient) un patrimoine autre que celui visé par la procédure* »³²⁹. De même, depuis l'instauration du nouveau statut de l'entrepreneur individuel, ce dernier a la possibilité de démarrer une nouvelle activité lorsqu'il se trouve en procédure de liquidation judiciaire³³⁰, ce qui a pour effet d'opérer une « *scission du patrimoine professionnel* »³³¹ et qui lui permet de ne pas se retrouver sans activité pendant toute la durée d'une procédure parfois interminable. Très exceptionnellement dans ce cas, l'entrepreneur sera, en sus de son patrimoine personnel, à tête de deux patrimoines professionnels³³² : l'un voué à disparaître et compris dans l'effet réel de la procédure, l'autre voué à s'enrichir pour développer la nouvelle

³²⁵ Pour un exemple de condamnation de l'État s'agissant d'une procédure collective qui avait duré une vingtaine d'années, V. CA Paris, 3 nov. 2020, n° 18/28083

³²⁶ V. C. Com., art. L. 641-9, III, dans sa version applicable du 1^{er} janv. 2006 au 11 déc. 2010.

³²⁷ Une activité salariée était possible mais pas toujours d'un accès facile, V. en ce sens : P. FROELICH, art. préc., n° 9.

³²⁸ V. C. Com., art. L. 620-2, al. 2 ; L. 631-2, al. 2 ; L. 640-2, al. 2 dans leur rédaction antérieure à l'ord. n° 2010-1512 du 9 déc. 2010

³²⁹ V. C. Com., art. L. 641-9, III, dans sa version applicable à partir du 11 déc. 2010.

³³⁰ *Ibid*, dans sa version applicable depuis le 15 mai 2022. V. aussi C. Com., art. L. 681-2, VII., al. 1

³³¹ C. Com., art. L. 681-2, VII, al. 4

³³² Selon la formule d'un auteur, « *en clair, notre EI2P se trouve alors en situation d'EI3P* » (B. DONDERO, art. préc., n° 93)

activité de l'entrepreneur³³³. Voilà une manifestation supplémentaire de cette désubjection de la procédure collective.

116. « Nouvelle activité » ? L'expression « *nouvelle activité* » employée par l'article L. 681-2 VII du Code de commerce suscite quelques questionnements de la part des auteurs de doctrine : doit-on comprendre que cette faculté contraindrait l'entrepreneur à abandonner totalement son ancienne activité avec ses spécificités et son savoir-faire ? Mais encore, *quid* de l'entrepreneur individuel qui aurait exercé plusieurs activités au sein de son unique patrimoine professionnel avant que l'une d'elle seulement le mène en procédure liquidative alors que l'autre activité était encore viable³³⁴ ? Il nous semble alors que l'on ne puisse exiger que cette activité soit à l'opposé de celle anciennement exercée puisqu'une telle contrainte serait de nature à compromettre grandement le rebond rapide de l'individu³³⁵. Toutefois, on ne saurait admettre que cette nouvelle activité puisse être en tout point identique à l'ancienne car elle ne saurait aboutir au « *pillage des actifs et en particulier de la clientèle de l'activité soumise à liquidation* »³³⁶. Dans ce cas, cruellement, il ne semblerait pas possible que l'entrepreneur puisse continuer celle de ses activités qui était encore viable, sauf à « repartir de zéro », y compris vis-à-vis de son entière clientèle, peu important la question de savoir à quelle activité celle-ci était rattachée...

117. Limites. S'il y a toutefois quelque chose qui ne laisse pas de place à la discussion, c'est que cette possibilité de s'engager dans une nouvelle activité emporte pour l'entrepreneur interdiction de toute opération qui entraînerait une diminution de l'actif du patrimoine soumis à la procédure au profit de cette nouvelle activité³³⁷. Il y a fort à parier que dans cette hypothèse, l'entrepreneur s'exposerait certaines sanctions telle qu'une extension de procédure par réunion des patrimoines³³⁸, une sanction d'interdiction de gérer ou de faillite personnelle³³⁹, voir même de banqueroute³⁴⁰ dans les cas les plus graves.

³³³ Et c'est d'ailleurs le maximum qu'il puisse atteindre puisqu'il ne peut pas « *constituer plus de deux patrimoines distincts de son patrimoine professionnel* » (C. Com., art. L. 681-2, VII, al. 2)

³³⁴ Sur ce point, la situation de l'EIRL était sans doute meilleure en ce que l'entrepreneur pouvait constituer autant de patrimoines professionnels qu'il avait d'activités. En ce sens, V. F. PEROCHON, art. préc. n° 11.

³³⁵ V. en ce sens : F. PETIT, Loi en faveur de l'activité professionnelle indépendante – Des effets de la procédure collective de l'entrepreneur individuel : *Act. proc. coll.* 2022, alerte 65, qui considère qu'il « *apparaît difficile de demander à un plombier de devenir fleuriste* » ; D VOINOT, L'activité professionnelle indépendante de l'entrepreneur individuel défaillant : *RPC* n°2, Mars-avril 2023, art. 9, spéc. n°10 ; *contra* : Ph. ROUSSEL GALLE, art. préc., selon qui « *il ne s'agit plus cette fois de poursuivre une activité préexistante logée dans un autre patrimoine mais de débiter une nouvelle activité indépendante et de constituer un nouveau patrimoine professionnel* ».

³³⁶ Ph. ROUSSEL GALLE, art. préc.

³³⁷ C. Com., art. L. 681-2, VII, al. 4

³³⁸ V. *supra* n° 60 s.

³³⁹ V. *infra* n° 146 s.

³⁴⁰ V. *infra* n° 154 s.

Aussi, il est à noter que n'est pas permise la succession d'échecs sur une courte période³⁴¹. En effet, cette possibilité est exclue si l'entrepreneur a fait l'objet, au titre de l'un quelconque de ses patrimoines, depuis moins de cinq ans, d'une procédure de liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif ou d'une décision de clôture d'une procédure de rétablissement professionnel³⁴². De la même manière, que l'entrepreneur fasse preuve de prudence vis-à-vis de cette nouvelle activité : si celle-ci le mène dans les cinq ans à bénéficier d'une liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif, la règle de non reprise des poursuites individuelles des créanciers ne s'appliquera pas³⁴³.

B. A l'issue de la procédure : la non reprise des poursuites contre le débiteur

118. Principe. Lorsque l'actif est insuffisant pour permettre le désintéressement de tous les créanciers, la procédure de liquidation judiciaire est clôturée pour insuffisance d'actif³⁴⁴. Selon l'article L. 643-11, dans ce cas, le principe est que le jugement de clôture de liquidation ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur³⁴⁵, ce qui implique que le débiteur soit libéré de son passif. Cette innovation de la loi de 1985, lourdement critiquée³⁴⁶, répondait cependant à la nécessité d'aligner la situation de l'entrepreneur en nom propre et du dirigeant société à responsabilité limitée, lequel ne subissait aucune séquelle financière liée à l'échec de la société liquidée³⁴⁷. Bien entendu, ce principe ne s'applique qu'aux seuls créanciers qui étaient concernés par la procédure, à l'exception des non-déclarants. Ainsi, si la liquidation judiciaire d'un entrepreneur ne concerne que son patrimoine professionnel, il ne peut être fait interdiction aux créanciers dont les droits ne sont pas nés à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle de « reprendre » leurs poursuites... lesquelles n'ont jamais été suspendues !

119. Exceptions. L'article précité prévoit toutefois une liste d'exceptions qui permettront alors à certains créanciers, dès lors que leur créance avait été déclarée en bonne et due forme à la procédure³⁴⁸, de recouvrer leur droit de poursuite. On peut citer à ce titre certaines hypothèses de reprise fondées sur la nature de la créance ou de l'action concernée, telle que la créance

³⁴¹ Ce qui permettrait peut-être de relativiser une certaine crainte « *d'instrumentalisation de la loi pour en faire une ardoise magique d'effacement du passif* » (V. MARTINEAU-BOURGNINAUD, La défaillance économique du chef d'entreprise – à l'aune de la loi du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante : *RPC* n°2, Mars-avril 2023, art. 7)

³⁴² V. C. Com., art. L. 681-2, VII, al. 3

³⁴³ V. C. Com., art. L. 643-11, III, 3°

³⁴⁴ V. C. Com., art. L. 643-9

³⁴⁵ Ce principe n'a pas toujours été puisque sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, les créanciers du débiteur pouvaient, après la clôture de la faillite ou de la liquidation de biens, reprendre leurs poursuites individuelles, lesquelles « souffraient » de la prescription trentenaire.

³⁴⁶ Puisque consacrerait, selon certains, « *le droit de ne pas payer ses dettes* » énoncé par G. RIPERT (G. RIPERT, Le droit de ne pas payer ses dettes : *DH* 1936, Chron. p. 57, cité par P. LE CANNU, D. ROBINE, *op. cit.*, p. 878, n° 1397)

³⁴⁷ Sauf hypothèses de sanctions.

³⁴⁸ Quant aux créanciers forclos, il faut considérer que, sauf exception, ils « *ne peuvent recouvrer un droit que le jugement d'ouverture leur avait supprimé* » (P. LE CANNU, D. ROBINE, *op. cit.*, p. 879, n° 1399).

résultant d'une condamnation pénale du débiteur ou encore l'action sur des biens acquis au titre d'une succession. D'autres hypothèses ont, pour leur part, une coloration plutôt sanctionnatrice puisque directement liées au comportement du débiteur. Ainsi, il est fait exception au principe de non reprise des poursuites lorsque la faillite personnelle du débiteur a été prononcée, lorsqu'il a été reconnu coupable de banqueroute, lorsqu'il a déjà fait l'objet, il y a moins de cinq ans, d'une clôture de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ou d'un effacement de dette résultant d'une clôture de rétablissement professionnel ou encore lorsqu'est caractérisée une fraude à l'égard d'un ou de plusieurs de ses créanciers. Dans ce dernier cas, ce sont tous les créanciers du débiteur qui recouvreront leur droit de poursuite.

120. Lacune sur l'assiette de la reprise. Sauf le cas de fraude³⁴⁹, il n'est pas fait mention de l'assiette de la reprise. Il pourrait être tentant de penser que cette reprise des poursuites puisse, en opportunité, s'effectuer sur le patrimoine personnel de l'entrepreneur puisqu'à supposer que celui-ci cesse toute activité indépendante, ce patrimoine serait le seul qui aurait vocation à se garnir avec le temps et nous ne saurions réfuter totalement cette idée. Toutefois, cela n'expliquerait pas pourquoi le législateur aurait entendu préciser le seul cas de fraude qu'il convient, selon nous, de comprendre de la manière suivante : la fraude de la part de l'entrepreneur à patrimoines séparés à l'égard de l'un de ses créanciers ou de certains d'eux est un comportement d'une malveillance particulière qui, en conséquence, justifie la sanction selon laquelle le tribunal « *autorise* »³⁵⁰ l'ensemble des créanciers du débiteur à recouvrer l'exercice de leurs actions individuelles sur le patrimoine personnel de celui-ci, ceci peu important la question de savoir quel était l'étendue de leur droit de gage à l'origine³⁵¹. Cela pourrait vouloir signifier, *a contrario*, qu'une telle reprise sur le patrimoine personnel ne serait pas autorisée dans tous les autres cas. Il resterait alors dans ce cas à savoir quel serait le gage des créanciers dont les droits sont nés à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle...

§ 2 – Procédures spéciales et rebond économique

121. Un besoin de vitesse et de simplicité. Qu'il s'agisse de la liquidation judiciaire simplifiée (**A.**) ou du rétablissement professionnel sans liquidation (**B.**), ces deux procédures, créées respectivement par la loi du 26 juillet 2005³⁵² et l'ordonnance du 12 mars 2014³⁵³,

³⁴⁹ Pour lequel seront autorisées « *les actions de tout créanciers sur les biens compris dans le patrimoine personnel ou le patrimoine non affecté* » de l'entrepreneur (C. Com., art. L. 643-11, VI)

³⁵⁰ *Ibid.*, nous soulignons.

³⁵¹ Sanction que l'on pourrait rapprocher *ceteris paribus* de celle qui consiste à prononcer l'extension de procédure par réunion des patrimoines de l'entrepreneur lorsque celui-ci a commis une fraude à l'égard d'un créancier titulaire d'un droit de gage général sur le patrimoine visé par la procédure (V. C. Com., art. L. 621-2, al. 3)

³⁵² V. L. n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, art. 125 ; C. Com., art. L. 644-1 s.

³⁵³ V. ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, art. 85 ; C. Com., art. L. 645-1 s.

répondent toutes les deux à cette nécessité d'accélérer et simplifier les procédures dites impécunieuses³⁵⁴ pour ainsi favoriser un rebond rapide du débiteur personne physique³⁵⁵.

A. La liquidation judiciaire simplifiée

122. Évolution. À sa création, la liquidation judiciaire simplifiée était une procédure simplement facultative. N'ayant eu que peu de succès, l'ordonnance du 18 décembre 2008³⁵⁶ décida, sur la base de seuils définis, de la rendre obligatoire dans certains cas et facultative dans d'autres. Désormais, la liquidation judiciaire simplifiée est une procédure obligatoire dès lors que certains critères sont vérifiés (et s'ils ne le sont pas, il sera fait application de la procédure liquidative classique).

123. Exigence unique de l'absence de bien immobilier pour le débiteur personne physique. Selon l'article L. 641-2 du Code de commerce, il est fait application des règles relatives à la liquidation judiciaire simplifiée lorsque l'actif du débiteur ne comprend pas de biens immobiliers³⁵⁷ et lorsque certains seuils relatifs au nombre de salariés employés et au chiffre d'affaires réalisé ne sont pas dépassés³⁵⁸. Il est toutefois précisé que lorsque le débiteur est une personne physique, seule la condition tenant à l'absence de biens immobiliers à l'actif est requise.

124. Déroulé de la procédure. Certains procédés, propres à la liquidation judiciaire simplifiée, sont gage de simplicité et de rapidité. Notamment, aux termes de l'article L. 644-3 du Code de commerce, seules seront vérifiées les créances susceptibles de venir en rang utile dans les répartitions ainsi que les créances résultant d'un contrat de travail. Aussi, l'article L. 644-2 du même code prévoit que le liquidateur dispose de quatre mois pour procéder à la vente des biens meubles. Enfin, selon l'article L. 644-5 du même code, la clôture de cette procédure simplifiée devra intervenir au plus tard dans le délai de six mois³⁵⁹ à compter de la décision ayant ordonné ou décidé l'application de celle-ci. Le tribunal peut toutefois, par une décision motivée, proroger la procédure pour une durée maximale de trois mois.

³⁵⁴ De surcroît, le rétablissement professionnel répond à un besoin de désengorgement des tribunaux.

³⁵⁵ Sur l'impact qu'a eu la loi PACTE sur ces deux procédures, V. not. P.-M. LE CORRE, L'incidence de la loi PACTE sur le droit des entreprises en difficultés : *Gaz. Pal.* n° 25 du 9 juillet 2019, p. 35 ; V. MARTINEAU-BOURNINAUD, Le rebond du débiteur dans la loi PACTE, art. préc.

³⁵⁶ V. ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficultés, art. 94

³⁵⁷ La loi n° 2022-172 du 14 février 2022 vient ajouter au texte cette précision selon laquelle il ne faut pas tenir compte des droits réels que le débiteur peut avoir sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale.

³⁵⁸ V. C. Com., D. 641-10

³⁵⁹ Ce délai est doublé lorsque les seuils prévus dans ce cas par l'article D. 641-10 du Code de commerce sont dépassés.

B. Le rétablissement professionnel sans liquidation

125. Généralités. Selon l'article L. 645-1 du Code de commerce, le rétablissement professionnel³⁶⁰, en s'inspirant de la procédure de rétablissement personnel des particuliers surendettés³⁶¹, a pour objet le traitement simplifié du passif grevant le ou les patrimoines du débiteur personne physique. Il s'agit là en effet « *de ne plus recourir à la liquidation judiciaire pour traiter les innombrables procédures collectives dites "impécunieuses" dans lesquelles il n'y a ni actif, ni salarié et partant, pas d'enjeu significatif* »³⁶².

Précisions aussi que le rétablissement professionnel n'est pas une procédure collective. En effet, il n'emporte aucun des effets que l'on reconnaît traditionnellement à celle-ci tels que la suspension des poursuites individuelles³⁶³, la discipline collective imposée aux créanciers, les déclarations et vérifications des créances ou encore le désaisissement du débiteur puisqu'il ne s'agit pas d'organiser le désintéressement des créanciers mais la libération du débiteur par un effacement de ses dettes. S'il n'est pas une procédure collective, il a toutefois, s'agissant des débiteurs les plus désargentés, vocation à en remplacer une : la liquidation judiciaire.

1. Conditions d'ouverture

126. Éligibilité et comportement du débiteur. Depuis la loi du 14 février 2022, la procédure de rétablissement professionnel est ouverte à tout professionnel indépendant ou tout entrepreneur à patrimoines séparés ou non³⁶⁴ qui en fait la demande. Néanmoins, cette procédure est réservée au débiteur que l'on pourrait qualifier de « méritant » ou tout du moins, qui n'est pas un habitué de l'effacement de dettes puisqu'aux termes de l'article L. 645-2, elle « *ne peut être ouverte à l'égard d'un débiteur qui a fait l'objet, depuis moins de cinq ans, au titre de l'un quelconque de ses patrimoines, d'une procédure de liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif ou d'une décision de clôture d'une procédure de rétablissement*

³⁶⁰ Sur la proposition de cette dénomination, V. F.-X. LUCAS et M. SENECHAL, La procédure d'enquête pour le rétablissement professionnel (PERP) : D. 2013. 1852, spéc. n° 3 : « [...] le moindre des services à rendre à cette nouvelle procédure serait de ne plus la décrire comme une liquidation, mais de la gratifier d'une dénomination moins connotée. Aussi, et puisque la liquidation judiciaire est une procédure destinée à soigner les estropiés de la compétition économique, ce que sa dénomination exprime fort peu, il y a lieu de filer la métaphore médicale jusqu'au bout et de proposer un nouvel intitulé qui exprime mieux cette idée qu'il s'agit de faire renaître un débiteur accablé par le poids de ses dettes et de ses difficultés. A la manière de ce qui existe pour les particuliers surendettés, que la sollicitude du législateur permet de faire accéder au rétablissement personnel, ouvrons aux professionnels surendettés un dispositif d'inspiration semblable : la procédure de rétablissement professionnel. »

³⁶¹ V. M.-J. CAMPANA, L'effacement de dettes : Gaz. Pal. n° 58, févr. 2003, p. 44, considérant qu'une unification dans le traitement de la situation des particuliers surendettés et des entreprises en difficulté serait illégitime et inopportune.

³⁶² *Ibid.*

³⁶³ L'article L. 645-6 du Code de commerce prévoit toutefois au juge commis, lorsque le débiteur est mis en demeure ou poursuivi par l'un de ses créanciers, de reporter le paiement des sommes dues dans la limite de quatre mois et d'ordonner, pour cette même durée, la suspension des procédures d'exécution qui auraient été engagées par ce créancier.

³⁶⁴ Avant cette loi, les entrepreneurs individuels à responsabilité limitée ne pouvaient en bénéficier (V. C. Com., anc. art. L. 645-1, al. 2), ce qui, semble-t-il, s'expliquait par le fait que de tels entrepreneurs bénéficiaient d'ores et déjà d'une protection grâce à l'exercice de l'option (V. not. F. REILLE, Une nouvelle procédure qui n'en est pas une : le rétablissement professionnel : RPC n°2, mars 2014, dossier 22, n° 14).

professionnel ». Dans le même sens, une telle procédure ne saurait bénéficier au débiteur de mauvaise foi³⁶⁵ ou susceptible de se voir prononcer les sanctions du titre V du livre VI du Code de commerce³⁶⁶ ou encore dont certains des actes pourraient être annulés au titre des nullités de la période suspecte.

127. Éligibilité et situation patrimoniale du débiteur. Pour profiter du rétablissement professionnel, le débiteur doit notamment justifier de la situation patrimoniale qui est celle de la liquidation judiciaire, à savoir se trouver en cessation des paiements et dans l'impossibilité manifeste d'être redressé. Par ailleurs, son actif doit être inférieur à une valeur de 15 000 euros, biens insaisissables non compris, ce seuil s'appréciant le cas échéant en prenant en compte l'ensemble de ses patrimoines.

2. Effet principal : l'effacement de dettes

128. Principe. A l'issue de cette procédure ne pouvant excéder une durée de quatre mois non prorogeable³⁶⁷, l'article L. 645-11 du Code de commerce prévoit que les dettes professionnelles ou non professionnelles de son bénéficiaire sont effacées³⁶⁸. Le texte précise à ce titre que les seules créances effacées sont celles qui sont nées antérieurement au jugement d'ouverture³⁶⁹, lorsqu'elles ont été portées à la connaissance du juge commis par le débiteur³⁷⁰ et qu'elles ont donné lieu à une mesure d'information prévue par l'article L. 645-8. Précisons cependant que cet effacement peut être remis en cause par le prononcé de l'ouverture d'une liquidation judiciaire³⁷¹.

129. Particularités liées à la pluralité de patrimoines. L'article L. 645-11 du Code de commerce a été modifié par la loi du 14 février 2022³⁷² pour aménager le principe de l'effacement de dettes à l'entrepreneur à patrimoines séparés. Dans ce cas, et bien que la situation de l'actif du débiteur s'apprécie en prenant en compte l'ensemble de ses patrimoines pour déterminer l'éligibilité à cette procédure, il sera procédé à une appréciation différenciée de la situation de chaque patrimoine pour savoir s'il y aura ou non effacement puisque le texte prévoit que « *ne peuvent être effacées les dettes grevant un patrimoine dont la situation n'est pas irrémédiablement compromise* ». Aussi et selon le même texte, « *aucune dette ne peut être effacée lorsqu'il apparaît que le montant du passif total est disproportionné au regard de la*

³⁶⁵ La bonne foi recouvrant ici à la fois « *les circonstances de l'endettement et le comportement du débiteur dans la procédure* » (J.-L. VALLENS, La bonne foi fait son entrée dans le droit des entreprises en difficultés : BJE n° 1, janv. 2015, p. 9)

³⁶⁶ V. C. Com., art. L. 645-9

³⁶⁷ V. C. Com., art. L. 645-4, al. 4

³⁶⁸ Cet effacement ne bénéficie pas à la caution, V. *infra* n° 130.

³⁶⁹ A l'exception de certaines d'entre-elles, ainsi que le prévoit le texte susvisé.

³⁷⁰ Sur ce point, il faut ajouter que la dette ne sera effacée qu'à concurrence du montant qui aura été indiqué dans l'état chiffré des créances, V. Cl. FAVRE-ROCHEX, Précisions sur l'étendue de l'effacement des dettes à l'issue du rétablissement professionnel : *Act. proc. coll.* n° 11, 2 juin 2023, repère 131.

³⁷¹ V. C. Com., art. L. 645-12

³⁷² L. n° 2022, 172 du 14 févr. 2022, préc., art. 5

valeur de l'actif, biens insaisissables de droit non compris ». Cette précision permet que ne soit pas effacée la dette d'emprunt ayant permis de financer l'acquisition de la résidence principale³⁷³ mais dans ce cas, de façon contestable, aucune des dettes de l'entrepreneur ne peut être effacée³⁷⁴.

130. Quel impact de l'effacement de dettes sur la caution ? L'ordonnance du 15 septembre 2021³⁷⁵ vient clore le débat³⁷⁶ qui existait autour de la question de savoir si l'effacement de dettes du débiteur dans le cadre d'un rétablissement professionnel pouvait ou non bénéficier à la caution³⁷⁷, certains auteurs considérant notamment que le caractère accessoire du cautionnement entraînait libération de la caution lorsque d'autres prêchaient pour son maintien au motif que l'effacement judiciaire de la dette constituait une exception purement personnelle au débiteur. La réponse à cette question est d'une importance fondamentale puisque tel que le soulève le professeur Karl LAFAURIE, « *est ici en jeu l'efficacité de la sûreté au moment où le créancier l'attend le plus, c'est-à-dire lorsque l'insolvabilité du débiteur est certaine et irrémédiable* »³⁷⁸. Désormais, selon l'article 2298 alinéa second du Code civil, « *la caution ne peut se prévaloir des mesures légales ou judiciaires dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance, sauf disposition contraire* ».

131. Nécessité d'un rapprochement ? Pour les très petits débiteurs, ne serait-il pas opportun de ne prévoir qu'une procédure liquidative unique en s'inspirant de la liquidation judiciaire simplifiée et du rétablissement professionnel ? Un tel changement aurait le mérite de la simplicité et serait gage – il est permis de le croire – d'efficacité. Au surplus, l'on comprend assez mal pourquoi il y aurait dans un cas non reprise des poursuites et dans l'autre effacement de dettes, d'autant plus que désormais, une telle différenciation ne permettrait plus d'envisager un sort de la caution distinct selon la procédure concernée.

Section 2 : Le châtement du chef d'entreprise coupable : les sanctions

132. Indispensabilité des sanctions. Bien que la tendance ait été, au fil des réformes, celle d'une humanisation des procédures collectives, il est encore de nombreuses hypothèses où des sanctions restent nécessaires, ne serait-ce pour cultiver une certaine morale des affaires et ne pas inculquer cette idée d'un « droit de l'irresponsabilité ». L'entrepreneur n'échappe pas à cette logique. Tout au contraire, certaines sanctions furent adaptées à sa situation de manière à anticiper certains comportements peu scrupuleux.

³⁷³ V. not. O. BUISINE, art. préc., n° 58

³⁷⁴ V. not. F. PÉROCHON, art. préc., n° 19

³⁷⁵ V. ord. n° 2021-1192 du 15 sept. 2021 portant réforme du droit des sûretés, art. 3

³⁷⁶ Sur celui-ci, V. not. les références faites par : P. LE CANNU, D. ROBINE, *op. cit.*, p. 897, n° 1430

³⁷⁷ Le question trouvant aussi à se poser s'agissant de la non reprise des poursuites dans le cadre d'une liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif.

³⁷⁸ V. K. LAFAURIE, Y'a-t-il du nouveau au sujet du sort de la caution d'un débiteur libéré de ses dettes ? : *Act. proc. coll.* n° 1, janv. 2022, repère 1

133. Responsabilité de l'entrepreneur individuel. Comme déjà souligné ³⁷⁹, l'entrepreneuriat regroupe plusieurs millions de personnes, lesquelles jouissent désormais toutes d'un statut protecteur, soit qu'elles continuent de bénéficier du régime de l'EIRL, soit qu'elles se voient appliquer d'office le statut du nouvel entrepreneur individuel. Il ne faudrait toutefois pas se méprendre : cette protection ne saurait rendre l'entrepreneur intouchable, et ce, particulièrement lorsqu'il fait preuve de malhonnêteté ³⁸⁰ ou d'incompétence notoire. L'extension de procédure par réunion des patrimoines ³⁸¹ en est un exemple solide du point de vue procédural. Plus largement et sous l'angle de la responsabilité, l'entrepreneur, tout comme le dirigeant de société ³⁸², peut se voir appliquer des sanctions patrimoniales (§ 1) mais aussi professionnelles et pénales (§ 2).

§ 1 – La sanction patrimoniale : la responsabilité pour insuffisance d'actif

134. Origine. L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif trouve son origine dans une loi du 16 novembre 1940, avec cette idée que le dirigeant d'une société ne peut s'abriter derrière elle pour échapper aux conséquences de ses actes fautifs. Reprenant cette action qui fut conservée au fil des réformes, la loi du 26 juillet 2005 la distingua d'une autre sanction patrimoniale : l'obligation aux dettes sociales. Toutefois, ces deux sanctions faisaient double emploi, de sorte que la seconde fut supprimée par l'ordonnance du 18 décembre 2008. Dès lors, la seule sanction patrimoniale qui demeure aujourd'hui est celle qui résulte de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, laquelle déroge au droit commun tant vis-à-vis de son domaine (A) que de sa mise en œuvre (B) ou encore de ses effets (C).

A. Le domaine de l'action

135. Domaine restreint. Le domaine de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est limité, tant *rationae personae* (1) que *rationae materiae* (2).

1. Rationae personae : les personnes concernées

136. Du dirigeant à l'entrepreneur à patrimoines séparés. On l'a déjà dit, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ne visait à l'origine que le dirigeant de la personne morale puisqu'en vertu du principe d'unicité du patrimoine, l'entrepreneur individuel répondait déjà de ses dettes sociales sur son entier patrimoine. Toutefois, dans le but de recréer un

³⁷⁹ V. *supra* n° 7

³⁸⁰ Sur ce point, il est d'ailleurs à noter que « la jurisprudence veille à éviter toute manœuvre qui consisterait à instrumentaliser une « pseudo souffrance psychologique » pour tenter d'échapper à toute responsabilité » (Ch. DELATTRE, L'impact psychologique de la loi du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante : *RPC* n°2, Mars-avril 2023, art. 18, n° 13 s.).

³⁸¹ V. *supra* n° 60 s.

³⁸² Sur le rapprochement de la responsabilité de l'entrepreneur individuel et du dirigeant de société, V. not. M.-C. LARCHER, *Entrepreneur individuel ou dirigeant de société : qui est le mieux protégé ?* : *JCP N* 2022, 1157 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, art. préc., n° 12

semblant d'unité patrimoniale œuvrant pour les besoins du comblement du passif existant dans une procédure liquidative, il a fallu étendre cette action en responsabilité aux entrepreneurs à patrimoines séparés que sont l'EIRL et le nouvel entrepreneur individuel³⁸³. Par analogie avec ce qui a été dit sur le dirigeant de société³⁸⁴, l'idée ici est que l'entrepreneur ne peut s'abriter derrière la cloison qui sépare ses patrimoines pour échapper aux conséquences de ses actes fautifs.

2. *Rationae materiae* : la procédure collective concernée

137. Exigence de la liquidation judiciaire. Cette action en responsabilité ne trouvera à s'appliquer que dans l'hypothèse d'une liquidation judiciaire faisant apparaître une insuffisance d'actif au moins en partie imputable à une faute de gestion commise par le chef d'entreprise³⁸⁵. Cette action ne pourra donc pas être intentée dans l'hypothèse d'une sauvegarde ou d'un redressement judiciaire, procédures dans lesquelles le préjudice de l'insuffisance d'actif n'existe pas puisque l'adoption d'un plan de cession ou de continuation a justement vocation à apurer le passif³⁸⁶.

138. Exclusion du droit commun. En vertu de la règle *specialia generalibus derogant*, cette action en responsabilité spéciale empêche que soit envisagée en liquidation judiciaire une action en responsabilité civile classique fondée sur l'article 1240 du Code civil³⁸⁷. Si un cumul de responsabilités n'est pas permis³⁸⁸, certains auteurs considèrent que devrait être admise l'action fondée sur le droit commun lorsque celle-ci est complétive et ne se borne pas par conséquent à la réparation de l'insuffisance d'actif³⁸⁹. Toutefois, l'on comprend mal ce qui justifierait que l'on écarte le principe de réparation intégrale du préjudice dans un cas et qu'il demeure dans les autres...

B. *La mise en œuvre de l'action*

139. Saisine du tribunal et prescription. Une compétence exclusive pour recevoir cette action est attribuée au tribunal qui a ouvert ou prononcé la procédure de liquidation judiciaire³⁹⁰. Il s'agit d'une action attitrée qui ne peut être engagée que par le liquidateur, le ministère public ou, subsidiairement, par les créanciers contrôleurs³⁹¹ et ce, dans un délai de trois ans à compter du jugement de liquidation judiciaire³⁹².

³⁸³ V. C. Com., art. L. 651-1

³⁸⁴ V. *supra* n° 134

³⁸⁵ V. C. Com., art. L. 651-2

³⁸⁶ Et, sauf remises de dettes, les créanciers du débiteur devraient être totalement désintéressés.

³⁸⁷ Action qui pourra toutefois voir le jour si la procédure collective n'est pas une liquidation judiciaire.

³⁸⁸ V. not. Com., 20 juin 1995, n° 93-12.810 : *Bull. civ.* IV, n° 187

³⁸⁹ V. B. GHANDOUR, Défaillance économique et responsabilité civile du chef d'entreprise : *RPC* n°2, Mars-avril 2023, art. 12, spéc. n° 10

³⁹⁰ V. C. Com., art. R. 651-1

³⁹¹ V. C. Com., art. L. 651-3, al. 1 et 2

³⁹² V. C. Com., art. L. 651-2, al. 4

140. Eléments constitutifs. Très classiquement, cette action suppose premièrement la démonstration d'un préjudice, lequel s'entend dans ce cas de l'existence d'une insuffisance d'actif qui apparaît lorsque la totalité de l'actif ne permet pas de faire face à la part du passif formée des dettes antérieures. Ensuite, il est nécessaire d'apporter la preuve³⁹³ que cette insuffisance d'actif trouve tout ou partie de son origine dans une faute de gestion commise par le chef d'entreprise, laquelle n'a pas à être détachable de ses fonctions. Bien que la loi du 9 décembre 2016, dite loi « Sapin II » soit venue réduire le champ d'application de l'action en écartant l'hypothèse de la « simple négligence », nombreuses sont encore les fautes de gestion pouvant justifier une condamnation en responsabilité pour insuffisance d'actif³⁹⁴. Enfin, il doit y avoir un lien de causalité entre l'existence de l'insuffisance d'actif et la faute de gestion, sans toutefois qu'il soit exigé que cette faute soit la cause exclusive du préjudice.

C. Les effets de l'action

141. Résultat de l'action. L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif a pour effet de mettre à la charge du chef d'entreprise contre qui cette action est engagée tout ou partie de l'insuffisance d'actif constatée. Selon la formulation d'un auteur, cette action « *offre l'opportunité d'une réparation en argent, quand il s'agit justement d'en manquer* »³⁹⁵.

142. Liberté d'appréciation du juge. Premièrement, il est à souligner que même lorsque les trois conditions requises sont réunies, le juge peut prendre en considération la nature et la gravité de la faute pour déterminer s'il y a lieu – ou non – de prononcer une condamnation. En conséquence, il peut décider librement du montant qui sera mis à la charge du chef d'entreprise, ce qui lui laisse ainsi l'opportunité d'écarter le principe de réparation intégrale du préjudice.

143. Sort des dommages-intérêts. Lorsque le chef d'entreprise sanctionné est un EIRL, la somme mise à sa charge s'impute sur son patrimoine non affecté ; lorsque c'est un nouvel entrepreneur individuel, elle s'impute sur son patrimoine personnel. Sur ce point, il faut souligner que ce patrimoine non affecté ou personnel comprend des biens insaisissables par les créanciers dont les droits sont nés à l'occasion de l'activité professionnelle de l'entrepreneur. Se pose alors la question de savoir si la condamnation peut s'exécuter sur ces biens-là. On pourrait d'abord répondre par la négative en considérant que cette condamnation est une dette indemnitaire née pour les besoins de l'activité professionnelle³⁹⁶ et que dès lors, même s'il est permis qu'elle s'impute sur le patrimoine personnel³⁹⁷, il n'en reste pas moins que ce patrimoine

³⁹³ Avant la réforme opérée par la loi du 25 janvier 1985, l'action reposait sur une présomption de faute, ce qui impliquait que ce soit au chef d'entreprise de démontrer qu'il n'en avait pas commis.

³⁹⁴ Pour quelques exemples, V. not. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op. cit.*, p. 202., n° 504

³⁹⁵ B. GHANDOUR, art. préc., spéc. n° 1

³⁹⁶ V. not. J. VALLENSAN (J.), EIRL et déclaration d'insaisissabilité : ou « l'entrepreneur barricadé » : RPC n° 2, Mars 2011, dossier 22, n° 9 ; V. LEGRAND, Déclaration d'insaisissabilité et EIRL : le couple parfait ? : D. 2011. 2485

³⁹⁷ Ce qui est fort heureux puisque dans cette hypothèse d'insuffisance d'actif, il n'y a plus rien dans le patrimoine professionnel !

contient des biens que le législateur a entendu surprotéger, lesquels demeureraient insaisissables même dans cette hypothèse de sanction patrimoniale³⁹⁸. Toutefois, alors même que l'on assiste à une harmonisation dans le traitement de la responsabilité des chefs d'entreprises, une telle solution reviendrait à établir une différence de traitement entre l'entrepreneur à patrimoines séparés et le dirigeant social puisque ce dernier ne bénéficie pas de la protection instaurée par l'article L. 526-1 du Code de commerce.

Lorsqu'elles sont payées, les sommes réintègrent le patrimoine visé par la procédure collective pour être réparties entre les créanciers au marc le franc. En réalité, à la lecture brute de l'alinéa 5 de l'article L. 651-2³⁹⁹, on aurait presque l'impression que lorsque la personne sanctionnée est un entrepreneur individuel à patrimoines séparés, les sommes sortiraient du patrimoine de la personne pour le réintégrer juste après, ce qui manque cruellement de sens. Une formulation plus générique telle que celle sus-énoncée serait ainsi préférable⁴⁰⁰.

144. Sanction. Dans le cas où le chef d'entreprise ne s'acquitterait pas des sommes mises à sa charge, il s'expose à ce que le tribunal prononce contre lui une mesure de faillite personnelle⁴⁰¹. Par ailleurs, gare à celui qui dissimulerait ou tenterait de dissimuler ses biens en vue de se soustraire au paiement d'une telle condamnation⁴⁰² !

§ 2 – Les sanctions professionnelles et pénales

145. Plan. A côté de la responsabilité pour insuffisance d'actif, les agissements fautifs du chef d'entreprise peuvent l'amener à être affligé de sanctions dont la coloration est assurément et graduellement punitive : les sanctions professionnelles **(A.)** et pénales **(B.)**.

A. Les sanctions professionnelles

146. Objectif. Les sanctions professionnelles⁴⁰³ que sont la faillite personnelle⁴⁰⁴ et l'interdiction de gérer⁴⁰⁵ sont toutes deux des incapacités-sanctions ayant pour objectif d'évincer de la vie des affaires le chef d'entreprise contre lequel a été ouverte une procédure

³⁹⁸ Rapp. Com., 17 nov. 2021, n° 20-20.821 : « les effets de cette déclaration subsistent aussi longtemps que les droits des créanciers auxquels elle est opposable ne sont pas éteints ».

³⁹⁹ Lequel dispose que « les sommes versées par les dirigeants ou l'EIRL **entrent dans le patrimoine du débiteur** » (nous soulignons).

⁴⁰⁰ A cet égard, il est regrettable que n'ait pas été réalisée une grille de lecture des entreprises en difficultés pour le nouvel entrepreneur individuel, contrairement à ce qui avait été fait pour l'EIRL.

⁴⁰¹ V. C. Com., art. L. 653-6

⁴⁰² V. *infra* n° 158

⁴⁰³ Qualifiées autrefois de sanctions commerciales, lorsque le domaine d'application des procédures collectives était restreint aux commerçants.

⁴⁰⁴ Définie par l'article L. 653-2 du Code de commerce comme une sanction emportant « interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole ou toute entreprise ayant toute autre activité indépendante et toute personne morale ».

⁴⁰⁵ Définie par l'article L. 653-8 du Code de commerce comme une sanction emportant « interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, soit toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole et toute personne morale, soit une ou plusieurs de celles-ci ».

collective. Bien que le caractère punitif de telles sanctions ne puisse être totalement nié, une certaine prise de hauteur sur le terme même de « sanction » est nécessaire : plus qu'une punition attachée à la personne, la faillite personnelle et l'interdiction de gérer jouent également un rôle de « *protection du milieu économique* »⁴⁰⁶ en ce qu'elles permettent à l'assainir.

Ces deux sanctions, bien que distinctes sur certains aspects (2.), sont soumises à un même régime (1.).

1. Règles communes aux deux sanctions professionnelles

147. Procédures et personnes physiques concernées. Selon l'article L. 653-1 du Code de commerce, la faillite personnelle et l'interdiction de gérer ne sont prononçables qu'en redressement et liquidation judiciaires. Elles sont exclues de la sauvegarde car les difficultés qui caractérisent cette procédure ne sauraient être d'une gravité suffisante pour que l'on puisse considérer des sanctions pareilles. De plus, admettre la potentielle existence de ces sanctions professionnelles en sauvegarde reviendrait à prendre le contresens de l'esprit du législateur, lequel multiplie les incitations au traitement préventif des difficultés.

Le même texte donne l'indication des personnes contre qui de telles sanctions peuvent être prononcées. Il s'agit des personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante quelle qu'elle soit⁴⁰⁷, des dirigeants de droit ou de fait d'une personne morale ou des représentants permanents d'une personne morale exerçant les fonctions de dirigeant de droit ou de fait. Toutefois, certains professionnels libéraux, dès lors qu'ils sont soumis à des règles disciplinaires particulières, ne peuvent se voir sanctionnés par la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer.

148. Prononcé de la sanction. Une telle action est mise en œuvre par le tribunal de la procédure collective, sur saisine du mandataire judiciaire – ou des créanciers contrôleurs en cas d'inertie –, du liquidateur ou du ministère public⁴⁰⁸ et ce, dans un délai de trois ans à compter du jugement qui prononce l'ouverture du redressement ou de la liquidation judiciaire⁴⁰⁹. Auparavant, la sanction de faillite personnelle ou d'interdiction de gérer pouvait aussi être prononcée par le tribunal correctionnel comme peine complémentaire d'une condamnation pour banqueroute⁴¹⁰. Toutefois, pour éviter une double condamnation, il était prévu que cette possibilité ne soit permise que lorsque le juge civil ou commercial n'avait pas préalablement prononcé une telle sanction. En revanche, la réciproque à l'égard du juge civil ou commercial n'a pas été prévue, de sorte que rien ne l'empêchait de prononcer une sanction professionnelle alors que le juge pénal l'avait auparavant fait. *In fine*, pour les mêmes faits, le régime de sanction pouvait ne pas être le même en fonction de quelle était la juridiction qui statuait en

⁴⁰⁶ Ainsi que la Cour de cassation a pu le souligner, V. Crim., 28 juin 2016, n° 16-90.010.

⁴⁰⁷ Catégorie dans laquelle rentre très naturellement l'entrepreneur individuel.

⁴⁰⁸ V. C. Com., art. L. 653-7

⁴⁰⁹ V. C. Com., art. L. 653-1, II.

⁴¹⁰ V. C. Com., art. L. 654-6, abrogé

premier. Pour cela, le Conseil Constitutionnel, saisi d'une QPC, déclara l'article L. 654-6 du Code de commerce contraire à la Constitution⁴¹¹ puisque méconnaissant le principe d'égalité devant la loi. Désormais, le juge pénal ne peut donc plus se prévaloir de l'article précité pour prononcer une peine complémentaire de faillite personnelle ou d'interdiction de gérer pour des faits de banqueroute⁴¹². Toutefois, le 2° de l'article L. 654-5 du Code de commerce⁴¹³ semble permettre au juge pénal de parvenir à un résultat similaire puisqu'il lui permet, lors d'une condamnation pour banqueroute, de prononcer certaines peines complémentaires au rang desquelles figure une interdiction d'exercice dont la portée peut être variable.

149. La condamnation. Auparavant, aucune durée maximale n'était prévue pour la sanction, le seul élément important étant qu'elle ne pouvait être perpétuelle. Désormais, si la durée de la sanction est fixée librement par le juge, elle ne peut toutefois excéder la durée de quinze ans⁴¹⁴ et elle doit dans tous les cas être motivée. Cette balance entre la liberté d'appréciation du juge et la nécessaire motivation de sa décision se retrouve au-delà cette question de durée de la sanction puisqu'en présence d'agissements relevant des hypothèses prévues par les textes, il ne sera jamais obligé de prononcer une sanction professionnelle⁴¹⁵ mais lorsqu'il le fera, sa décision devra être précisément motivée⁴¹⁶.

L'article L. 653-11 du Code de commerce prévoit que la personne sanctionnée par la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer puisse être rétablie : elle l'est de plein droit lorsque la liquidation judiciaire est clôturée pour extinction de passif et elle peut l'être sur demande de l'intéressé lorsque celui-ci démontre, selon les cas, soit qu'il a apporté une contribution suffisante au paiement du passif lorsqu'il était sanctionné de la faillite personnelle, soit qu'il présente toutes les garanties démontrant sa capacité à diriger ou contrôler une entreprise lorsqu'il était sanctionné d'une interdiction de gérer.

150. Violation de l'interdiction. La personne condamnée au titre de la faillite personnelle ou de l'interdiction de gérer et qui aurait la brillante idée de violer l'interdit s'expose à une peine d'emprisonnement de 2 ans ainsi qu'une amende de 375 000 euros⁴¹⁷.

⁴¹¹ V. CC°, 29 sept. 2016, n° 2016-573 QPC, cons. n° 17 : *BJS* 2016. 738, note B. SAINTOURENS ; *RPC* 2017, obs. A. MARTIN-SERF

⁴¹² Pourtant, il a été mis en avant que « si l'article L. 654-6 est chassé de l'ordre juridique dans la version qu'il devait à l'ordonnance de 2008, il laisse place à ce même article tel qu'il existait avant ladite réforme » puisque c'est cette version qui fut déclarée inconstitutionnelle. Il en résulterait alors que « la même différence de traitement que provoque ce texte demeure » (V. B. SAINTOURENS, note préc.). V. néanmoins, tirant les conséquences de l'inconstitutionnalité de l'art. L. 654-6 du Code de commerce en annulant une sanction de faillite personnelle prononcée en application de ce texte : *Crim.*, 22 nov. 2017, n° 16-83.549.

⁴¹³ Notons que cette partie du texte fut aussi examinée par le Conseil Constitutionnel (V. décision préc., cons. n° 18) et qu'elle fut déclarée conforme à la Constitution.

⁴¹⁴ V. C. Com., art. L. 653-11

⁴¹⁵ V. not. Com., 23 mai 2000, n° 97-20.865

⁴¹⁶ V. Com. 17 avr. 2019, n° 18-11.743 B, arrêt dans lequel, selon la Cour de cassation, « le tribunal qui prononce une mesure d'interdiction de gérer doit motiver sa décision, tant sur le principe que sur le quantum de la sanction, au regard de la gravité des fautes et de la situation personnelle de l'intéressé ».

⁴¹⁷ V. C. Com., art. L. 654-15

2. Règles particulières à chaque sanction professionnelle

151. Cas spécifiques de faillite personnelle. Si sept cas généraux de faillite personnelle peuvent trouver à s'appliquer à toute personne mentionnée au I de l'article L. 653-1 du Code de commerce⁴¹⁸, certains cas visent spécifiquement le dirigeant⁴¹⁹ quant d'autres concernent exclusivement l'entrepreneur individuel⁴²⁰. Précisons d'ores et déjà qu'un cas était à l'origine réservé au dirigeant, pour être étendu premièrement à l'EIRL, puis récemment au nouvel entrepreneur individuel : celui où la personne ne s'est pas acquittée des dettes mises à sa charge au titre de la responsabilité pour insuffisance d'actif⁴²¹.

Le texte qui vise particulièrement l'entrepreneur individuel doit être scindé en deux parties : son premier paragraphe aura vocation à s'appliquer à tout entrepreneur individuel alors que le second ne concernera que l'entrepreneur individuel à patrimoines personnel et professionnel séparés⁴²². Ainsi, la faillite personnelle peut être prononcée contre toute personne physique qui a soit « *poursuivi abusivement une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements* », soit « *détourné ou dissimulé tout ou partie de son actif ou frauduleusement augmenté son passif* »⁴²³. Elle peut aussi être prononcée contre l'EIRL ou le nouvel entrepreneur individuel lorsqu'il aura « *sous le couvert de l'activité ou du patrimoine visés par la procédure masquant ses agissements, [...] fait des actes de commerce dans un intérêt autre que celui de cette activité ou de ce patrimoine* » ou encore « *fait des biens ou du crédit de l'entreprise ou du patrimoine visés par la procédure un usage contraire à l'intérêt de cette entreprise ou de ce patrimoine à des fins personnelles ou pour favoriser une personne morale ou une entreprise dans laquelle il était intéressé, directement ou indirectement, ou un patrimoine distinct lui appartenant* ». Ces deux hypothèses spécifiques ont une finalité commune qui est de sanctionner l'entrepreneur qui ne respecterait pas la scission patrimoniale qui caractérise pourtant sa situation⁴²⁴.

152. Cas spécifiques d'interdiction de gérer. Si tout ce qui a été mentionné au point précédent peut être sanctionné de l'interdiction de gérer plutôt que de la faillite personnelle, certains agissements du dirigeant ou de l'entrepreneur ne pourront qu'être à l'origine d'une interdiction de gérer⁴²⁵. Il s'agit des cas où l'individu, de mauvaise foi, « *n'aura pas remis au mandataire judiciaire, à l'administrateur ou au liquidateur les renseignements qu'il est tenu de*

⁴¹⁸ V. C. Com., art. L. 653-5

⁴¹⁹ V. C. Com., art. L. 653-4

⁴²⁰ V. C. Com., art. L. 653-3

⁴²¹ V. C. Com., art. L. 653-6

⁴²² Ce qui, désormais, vise toute personne exerçant une activité professionnelle indépendante.

⁴²³ Le texte visait aussi l'hypothèse où la personne physique avait « *omis de tenir une comptabilité conformément aux dispositions légales ou fait disparaître tout ou partie des documents comptables* », laquelle a été abrogée (V. L. n° 2005-845 du 26 juill. 2005, art. 134).

⁴²⁴ Ce qui pourrait aisément se cumuler avec une extension de procédure par réunion des patrimoines lorsque seraient constatées des relations financières anormales entre les deux entités.

⁴²⁵ V. C. Com., art. L. 653-8

lui communiquer en application de l'article L. 622-6⁴²⁶ dans le mois suivant le jugement d'ouverture », ou aura « sciemment manqué à l'obligation d'information prévue par le second alinéa de l'article L. 622-22⁴²⁷ » ou encore aura « omis sciemment de demander l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire dans le délai de quarante-cinq jours à compter de la cessation des paiements, sans avoir, par ailleurs, demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation ».

Ce dernier cas ainsi formulé est le fruit d'une modification opérée par la loi dite « Macron »⁴²⁸, laquelle vient ajouter au texte le terme « sciemment ». Cette simple adjonction vise à offrir une protection au chef d'entreprise incompetent ou au moins simplement négligent et ainsi, à favoriser son rebond. Cependant, la protection escomptée pourrait s'avérer décevante dans le cas où il serait procédé à une recherche des autres fautes commises par le chef d'entreprise *a minima* incompetent, fautes qui pourraient tout à fait se traduire au moins par une sanction de faillite personnelle dont l'une des conséquences est la reprise des poursuites contre le débiteur en cas de clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif⁴²⁹, lorsqu'une telle reprise des poursuites n'est pas envisagée dans l'hypothèse d'une interdiction de gérer. Plus largement, la modification même du dernier alinéa de l'article L. 653-8 du Code de commerce est discutable puisque l'un des objectifs de cette disposition et du chapitre dans lequel elle s'insère⁴³⁰ est de protéger le tissu économique en écartant du monde des affaires le chef d'entreprise qui présente un risque pour celui-ci, ce qui devrait aussi concerner le chef d'entreprise incompetent bien qu'honnête⁴³¹. Comme cela a pu être souligné, cette modification fait « le pari que l'entrepreneur aura appris de son échec, ce qui est loin d'être certain »⁴³² et laisse planer la crainte « que la clémence du droit n'incite pas ce chef d'entreprise à la rigueur »⁴³³.

⁴²⁶ Qui désigne l'inventaire du patrimoine et la liste des créanciers.

⁴²⁷ Qui vise l'information des créanciers poursuivants de l'ouverture d'une procédure collective dans les dix jours de celle-ci.

⁴²⁸ V. L. n° 2015-990, préc., art. 239. Il faut toutefois noter que sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, cette hypothèse de non déclaration de la cessation de paiements dans les délais pouvait être sanctionnée par la faillite personnelle facultative mais aussi par la banqueroute. Désormais, elle ne peut plus que l'être sur le terrain de l'interdiction de gérer puisque les deux sanctions précitées furent écartées dans cette hypothèse, par la loi du 25 janvier 1985 pour la première et par la loi de sauvegarde pour la seconde.

⁴²⁹ V. C. Com., art. L. 643-11, III, 1°. V. aussi Ch. DELATTRE, Beau temps pour le dirigeant incompetent ! : *RPC* 2015, n° 5, étude 19, n° 11 ; P. ROSSI, Dispositions de la loi Macron concernant les livres VI et VIII du Code de commerce : obstination ou obsession ? : *RPC* 2015, n° 5, étude 15, n° 6

⁴³⁰ « Chapitre III : De la faillite personnelle et des autres mesures d'interdiction »

⁴³¹ V. Ch. DELATTRE, art. préc., n° 3 : « « L'objectif recherché est d'interdire à ce dirigeant de reprendre la direction d'une entreprise pendant un certain temps et qu'il comprenne que la gestion d'une entreprise nécessite de solides compétences et ne s'improvise pas. »

⁴³² P. LE CANNU, D. ROBINE, *op. cit.*, p. 943, n° 1512

⁴³³ *Ibid.* p. 257, n° 397

B. Les sanctions pénales

153. Plan. Aux rangs des sanctions pénales propres aux procédures collectives, on retrouve le délit de banqueroute **(1.)** ainsi que d'autres infractions annexes **(2.)**.

1. Le délit de banqueroute

154. Domaine d'application. Le domaine d'application *rationae personae* et *rationae materiae* du délit de banqueroute est le même que celui relatif aux sanctions professionnelles⁴³⁴ : les mêmes personnes physiques sont vidées et conformément à l'article L. 654-2 du Code de commerce, une telle incrimination suppose que soit au préalable ouverte une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire⁴³⁵.

155. Cas de banqueroute. Depuis l'adoucissement et la simplification du mécanisme opérée par la loi du 25 janvier 1985, il n'existe plus que cinq hypothèses constitutives du délit de banqueroute, lesquelles figurent à l'article L. 654-2 du Code de commerce. Ce texte rend coupable de banqueroute le chef d'entreprise qui, dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure collective, a fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours ou employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds ; a détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif du débiteur ; a frauduleusement augmenté le passif du débiteur ; a tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables ou bien encore qui s'est abstenu de tenir toute comptabilité lorsque les textes applicables en font l'obligation ; a tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière. Ces fautes sont d'une particulière gravité, il est donc tout à fait justifié qu'elles soient lourdement sanctionnées.

156. Peines encourues. Le délit de banqueroute est sanctionné d'une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende⁴³⁶, auxquels peuvent s'ajouter plusieurs peines complémentaires dont la liste figure à l'article L. 654-5 du Code de commerce.

2. Les infractions annexes

157. Domaine d'application élargi. Ces infractions annexes peuvent être commises non seulement dans le cadre de toute procédure collective – ce qui n'exclut pas la procédure de sauvegarde comme dans l'hypothèse du délit de banqueroute –, mais encore par un chef d'entreprise ou un dirigeant ou par des personnes pouvant graviter autour tels que les organes de la procédure ou les partenaires du débiteur.

158. Cas applicables à l'entrepreneur individuel à patrimoines séparés. Deux dispositions prennent particulièrement la mesure de la scission patrimoniale qui caractérise les

⁴³⁴ V. *supra* n° 147. V. aussi : C. Com., art. L. 654-1 et 654-2

⁴³⁵ Ce qui n'était pas le cas dans le passé puisque la thèse de la faillite virtuelle pouvait permettre à ce qu'une infraction de banqueroute soit prononcée en l'absence de toute constatation d'une cessation des paiements par un jugement d'ouverture.

⁴³⁶ V. C. Com., art. L. 654-3

statuts de l'EIRL et du nouvel entrepreneur individuel. Est visée d'une part l'hypothèse où l'entrepreneur dissimulerait certains biens du patrimoine visé par la procédure collective⁴³⁷ et d'autre part celle où l'entrepreneur détournerait ou dissimulerait (ou tenterait de détourner ou dissimuler) certains biens n'appartenant pas au patrimoine visé par la procédure collective ou alors se ferait frauduleusement reconnaître sur ce patrimoine non affecté ou personnel débiteur de sommes qu'il ne doit pas, tout cela dans le seul et unique but de se soustraire au paiement d'une condamnation en responsabilité pour insuffisance d'actif, que cette condamnation soit déjà prononcée ou simplement susceptible de l'être⁴³⁸. Dans les deux cas, l'entrepreneur encourt la sanction de banqueroute ainsi que les peines complémentaires qui s'y attachent.

Si l'on reprend l'idée selon laquelle la procédure collective d'un entrepreneur s'appliquerait davantage à un patrimoine qu'à une personne physique, il serait presque permis de dire qu'avec ces dissimulations de biens et autres manœuvres, l'entrepreneur agirait à la fois pour lui et contre lui. Dans un sens⁴³⁹, il serait, en tant que personne physique, le complice direct de la dissimulation opérée, laquelle profiterait alors à « l'entrepreneur en tant qu'entrepreneur »⁴⁴⁰ puisque de tels agissements auraient vocation à « sauver » certains biens des griffes de la procédure. Dans un autre sens et tout à la fois, il serait, en tant que personne physique la victime collatérale de ces amputations, lesquelles viendraient aggraver au premier plan la situation du patrimoine soumis à la procédure. Cette bilatéralité, dont on a pu se questionner sur son potentiel caractère anormal⁴⁴¹, présente un danger d'une particulière gravité qui ne peut pas et ne doit pas rester impuni. Pour cela, nous plaidons en faveur d'une plus grande sévérité ou du moins, appelons à ce que l'objectif du rebond individuel ne prenne pas le pas sur l'objectif d'intérêt supérieur de protection du tissu économique : il ne peut pas être question que l'entrepreneur se croit intouchable parce que réfugié derrière son statut protecteur.

159. Conclusion du chapitre. Ce chapitre fut l'occasion de démontrer que la procédure collective, particulièrement lorsqu'elle est liquidative, ne saurait être qualifiée d'étrangère à la personne physique qui en est le sujet. Tout au contraire, la disparition de l'entreprise entraîne celle des objectifs de la procédure qui lui sont normalement attachés⁴⁴² et laisse demeurer celui du rebond. Néanmoins, il ne s'agit pas d'un objectif à atteindre « à tout prix » : le rebond du chef d'entreprise, s'il peut être aujourd'hui largement favorisé, n'est toutefois pas acquis en toute circonstance et il ne doit assurément pas le devenir. Parallèlement, un panel de sanctions permet de réprimer les agissements fautifs et frauduleux, dont il faut retenir qu'il fut adapté en anticipation de potentielles manœuvres au sein des patrimoines de l'entrepreneur. Vis-à-vis de ces manœuvres et de celles qui auraient pu ne pas être envisagées par le rédacteur de la loi, nous

⁴³⁷ V. C. Com., art. L. 654-9, 1°

⁴³⁸ V. C. Com., art. L. 654-14, al. 2

⁴³⁹ Et si l'on reprend l'hypothèse précitée du 1° de l'article L. 654-9 du Code de commerce.

⁴⁴⁰ En d'autres termes, elle profiterait à cette « personnalité professionnelle » de l'entrepreneur.

⁴⁴¹ V. *supra* n° 1

⁴⁴² Qui tendent, pour rappel, au maintien de l'activité, à la sauvegarde des emplois et à l'apurement du passif.

appelons à une vigilance toute particulière : il ne sera pas toujours aisé de déceler l'existence de flux anormaux entre les différents patrimoines d'une même personne, particulièrement quand celle-ci ne sera astreinte ni à la tenue d'une comptabilité, ni à l'ouverture d'un compte bancaire séparé pour l'exercice de son activité. L'unicité du patrimoine de l'ancien entrepreneur individuel avait sur ce point le mérite de la simplicité et bien qu'il procédait de la logique du « tout ou rien », on ne pouvait lui enlever sa clarté ; le régime actuel requiert, pour être juste, de trouver la juste balance entre le « tout » et le « rien ».

160. Conclusion de la partie. Nous nous posions au début de cette partie la question de savoir si l'effet personnel de la procédure collective avait été annihilé : il n'en est rien. De ces deux chapitres, il ressort que la personne du débiteur reste bel et bien le sujet de la procédure collective qui, si elle frappe en premier lieu son ou ses patrimoines, ne se désintéresse guère de son sort, que ce soit pendant la procédure ou après celle-ci. Autrement formulé et pour reprendre l'intitulé de la présente étude : la procédure collective a beau être désubjectivée, il n'en reste pas moins qu'elle a un sujet. Cela obéit à une logique d'une clarté évidente puisque le débiteur est sujet de droit et ses patrimoines ne le sont pas. Toutefois, c'est ici une remarque analogue à celle des propos conclusifs de la partie précédente que nous pouvons formuler : la base du nouveau statut de l'entrepreneur individuel a été établie mais il reste des incertitudes sur bien des aspects. La problématique du rebond d'un entrepreneur totalement désargenté aura été le dénominateur commun aux deux axes de cette partie consacrée au débiteur. Nous concluons ainsi en rappelant que, si tenté qu'il ne soit pas illusoire, ce droit au rebond ne doit profiter qu'à ceux qui le méritent.

CONCLUSION GÉNÉRALE :

UNE DESUBJECTIVATION PARTIELLE DES PROCEDURES COLLECTIVES

161. Aujourd'hui. Partant du constat que le coup de grâce a été asséné au principe d'unicité du patrimoine lorsque la technique du patrimoine d'affectation de l'EIRL a été généralisée par l'instauration du nouvel entrepreneur individuel, cette étude s'est attachée à présenter l'orchestration d'une procédure collective dont l'objet semble s'être emparé du premier rôle, naguère réservé tout naturellement à son sujet. Toutefois, que l'on ne s'y trompe pas, « jouer comportera toujours des risques »⁴⁴³. Ce qu'il faut comprendre par là, c'est que même si les patrimoines occupent cette place centrale dans l'appréhension de la défaillance, le débiteur aux commandes de ceux-ci est aux antipodes de l'étranger pour la procédure collective, particulièrement lorsque l'on se souvient que celle-ci place désormais son rebond comme l'un de ses objectifs-phares. Au final, la desubjectivation n'est que partielle et plus globalement, même si la loi du 14 février 2022 est une « *grande loi* »⁴⁴⁴, le principe de l'unicité du patrimoine continue de régir la situation d'une grande majorité de personnes⁴⁴⁵.

162. Et demain ? Nous disions que l'unicité du patrimoine demeurerait la norme mais pour autant, il est un enjeu important que de s'assurer à ce que la potentielle défaillance de ces quelques trois millions d'agents soit efficacement traitée. Or, cette étude aura permis de le démontrer, de trop nombreuses incertitudes demeurent, en particulier lorsque les difficultés ne se cantonnent pas au seul patrimoine professionnel de l'entrepreneur⁴⁴⁶. Il est alors permis d'espérer que la loi en faveur de l'activité professionnelle indépendante soit l'occasion de poursuivre l'effort de simplification, *a minima* en ne prévoyant la compétence que d'un seul juge lorsqu'il s'agira de traiter des difficultés de l'entrepreneur⁴⁴⁷, *a maxima* en édictant un véritable droit spécial de la défaillance économique⁴⁴⁸ et pourquoi pas un Code de l'entreprise⁴⁴⁹.

⁴⁴³ Rappr. A. du 8 juin 2010 fixant le contenu et les modalités d'affichage des messages de mise en garde prévus par les articles 26, 28, 29 et 33 de la L. n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne : « *jouer comporte des risques* »

⁴⁴⁴ B. DONDERO, Entrepreneurs individuels : la nouvelle organisation de l'entreprise est là ! : *JCP E* 2022, 1135

⁴⁴⁵ En ce sens, V. C. SAINT-ALARY-HOUIN, art. préc., n° 6 ; M.-L. COQUELET, art. préc. n° 3

⁴⁴⁶ En ce sens, V. C. VINCENT, art. préc., spéc. n° 19. Plus largement, cf. première partie, chapitre 2nd (n° 51 s.)

⁴⁴⁷ V. Th. MONTERAN et P. ROSSI, La réforme du statut de l'entrepreneur individuel : une période transitoire décevante : *Gaz. Pal.* n°13, 2023, p. 37

⁴⁴⁸ En ce sens, V. Ph. ROUSSEL GALLE, Nouveau statut de l'EI : faut-il aller plus loin ? : *RPC* n° 2, 2023, repère n° 2 ; V. MARTINEAU-BOURGINAUD, La défaillance économique du chef d'entreprise – à l'aune de la loi du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante, art. préc. ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, art. préc., n° 38 ;

⁴⁴⁹ En ce sens, V. B. DONDERO, Place à l'entrepreneur individuel à deux patrimoines (EI2P) !, art. préc., n° 8. Soulignant la complexité du Code de commerce et appelant à l'évolution du droit des entreprises en difficultés, V. O. BUISINE, art. préc., n° 100 ; O. BUISINE, Droit des entreprises en difficulté : réformons la réforme : *Act. proc. coll.* 2021, 95

BIBLIOGRAPHIE

I. Projets et propositions de loi (Dossier législatif)

L. n°2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante :

- Projet de loi en faveur de l'activité professionnelle, Exposé des motifs ;
- Projet de loi en faveur de l'activité professionnelle, Étude d'impact, 2021;
- Communiqué de presse du Conseil des ministres, 29 sept. 2021, par G. ATTAL ;
- Avis (CE) sur un projet de loi en faveur de l'activité professionnelle indépendante, sept. 2021 ;
- Rapp. Sénat n° 54 (2021-2022), 13 oct. 2021, de M. Christophe-André FRASSA ;
- Rapp. Assemblée nationale n° 4811, 14 déc. 2021, de J.-N. BARROT et M.-C. VERDIER-JOUCAS ;
- Rapp. Commission mixte paritaire, 25 janv. 2022, de C.-A. FRASSA (n° 387 au Sénat) et de M.-C. VERDIER-JOUCAS (n° 4961 à l'Assemblée nationale).

II. Ouvrages généraux

AUBRY (C) et RAU (C), *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, revu par E. BARTIN : Marchel et Billard éd., t. IX, 5^e éd., 1917

COQUELET (M.-L.), *Entreprises en difficulté* : Dalloz, coll. "Hypercours", 7^e éd., 2022

CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, LGDJ, 14^e éd., 2022

COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés* : LexisNexis, 34^e éd., 2021

JULIENNE (M.), *Régime général des obligations* : LGDJ, 3^e éd., 2020

LE CANNU (P.), ROBINE (D.), *Droit des entreprises en difficultés* : Dalloz, coll. « Précis », 9^e éd., 2022

PETEL (P.), *Procédures collectives* : Dalloz, coll. « Cours », 11^e éd., 2023

SAINT-ALARY HOUIN (C.) (dir.), *Code des entreprises en difficultés* : LexisNexis, coll. « Codes bleus », 12^e éd., 2023

III. Thèses, mémoires et ouvrages

BAH (M. Y.), *La pluralité de patrimoines* : thèse Université de Limoges, 2021

WICKER (G.), *17e Conférence Albert-Mayrand - La notion de patrimoine* : Thémis, 2015

IV. Articles de doctrine et publications assimilées

AMIZET (B.), Entrepreneur individuel – Vivre en procédure collective, *RPC* n° 6, nov. 2022, dossier 44

ARNAUD-EMERY (A.), La réforme applicable aux entrepreneurs individuels par le plan des indépendants ! : *JCP N* 2022, 1155

ARNAUD-EMERY (A.), Activité professionnelle indépendante – Adieu l'EIRL ! : *JCP N* 2022, act. 528

BARBIERI (J.-J.), Du trouble dans la personnalité juridique : *RD rur.* n°506, octobre 2022, repère 8

BASSE (Ch.), Indépendants : une protection large du patrimoine privé mais une définition toujours complexe : *BJE* n° 1, 31 janv. 2022, p. 1

BUISINE (O.), Droit des entreprises en difficulté : réformons la réforme : *Act. proc. coll.* 2021, 95

BUISINE (O.), De l'entrepreneur en difficulté : *RPC* n°2, Mars 2022, étude 2

CABRILLAC (S.), Entrepreneur individuel : et si les difficultés concernaient le financement du patrimoine privé ? : *JCP N* n°22-23, 3 juin 2022, 1175

CAGNOLI (P.), Le tribunal de la procédure : chef d'orchestre des procédures de défaillance économique : *RCP* n° 6, nov. 2022, dossier 40

CAMPANA (M.-J.), L'effacement de dettes : *Gaz. Pal.* n° 58, févr. 2003, p. 44

COQUELET (M.-L.), La fin de l'EIRL ? : *RPC* n°2, Mars-avril 2023, art. 8

DELATTRE (Ch.), Beau temps pour le dirigeant incompétent ! : *RPC* 2015, n° 5, étude 19

DELATTRE (Ch.), L'impact psychologique de la loi du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante : *RPC* n°2, Mars-avril 2023, art. 18

DELPECH (X.), Loi PACTE : une nouvelle réforme pour l'EIRL : *Dalloz actualité*, 2019

DELPECH (X.), Consécration du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel, *Dalloz actualité*, 2022

DONDERO (B.), Place à l'entrepreneur individuel à deux patrimoines (EI2P) ! : *Rev. soc.* 2022, p. 199

DONDERO (B.), Entrepreneurs individuels : la nouvelle organisation de l'entreprise est là ! : *JCP E* 2022, 1135

DUBUISSON (E.), Patrimoines affectés, avez-vous donc une âme ? : *D.* 2013, p. 792

FROEHLICH (P.), Sort du débiteur personne physique – Vivre en procédure collective. Rémunérations, subsides, activité salariée : *RPC* n° 1, janv. 2013, dossier 4

GHANDOUR (B.), Défaillance économique et responsabilité civile du chef d'entreprise : *RPC* n°2, Mars-avril 2023, art. 12

HENRY (L.-C.), L'effet réel et l'effet personnel d'une procédure collective : changement de paradigme ? : *BJE* n°2, mars 2020, p. 1

JUDEAU (Y.) et **LEOBON (T.)**, Des prémices à la reconnaissance du patrimoine professionnel : *JCP N* 2022, 1156

LAFaurie (K.), Y'a-t-il du nouveau au sujet du sort de la caution d'un débiteur libéré de ses dettes ? : *Act. proc. coll.* n° 1, janv. 2022, repère 1

LAFaurie (K.), Les intérêts contradictoires des créanciers en droit des entreprises en difficultés : *RLDA* n° 183, 1^{er} juill. 2022

LARCHER (M.-C.), Entrepreneur individuel ou dirigeant de société : qui est le mieux protégé ? : *JCP N* 2022, 1157

LE CORRE (P.-M.), L'incidence de la loi PACTE sur le droit des entreprises en difficultés : *Gaz. Pal.* n° 25 du 9 juillet 2019, p. 35

LEGRAND (V.), Déclaration d'insaisissabilité et EIRL : le couple parfait ? : *D.* 2011. 2485

LEGRAND (V.), EIRL : coup de théâtre ou énième épisode d'un mauvais feuilleton ? : *D.* 2013, p. 1971

LEGRAND (V.), Les procédures de surendettement accessibles aux entrepreneurs individuels : *D.* 2022. 1275

LUCAS (F.-X.) et **SENECHAL (M.)**, La procédure d'enquête pour le rétablissement professionnel (PERP) : *D.* 2013. 1852

LUCAS (F.-X.), Vers le patrimoine professionnel de l'entrepreneur : *LEDEN* 2021, n°11, p. 1

MARTINEAU-BOURNINAUD (V.), Le rebond du débiteur dans la loi PACTE : *BJE* 2019. 50

MARTINEAU-BOURNINAUD (V.), La défaillance économique du chef d'entreprise – à l'aune de la loi du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante : *RPC* n°2, Mars-avril 2023, art. 7

MENJUCQ (M.), Loi en faveur de l'activité professionnelle indépendante : la deuxième mort d'Aubry et Rau : *RPC* n°1, janv. 2022, repère 1

MONSERIE-BON (M.-H.), Entrepreneur individuel : le patrimoine professionnel pour tous est lancé ! : *BJE* n°3, 2022, p. 4

MONTERAN (Th.) et ROSSI (P.), La réforme du statut de l'entrepreneur individuel : une période transitoire déceptive : *Gaz. Pal.* n°13, 2023, p. 37

PEROCHON (F.), Efficacité de la déclaration notariée d'insaisissabilité... : oui mais après ? : *RPC* n° 4, juill. 2013, dossier 25

PEROCHON (F.), Professionnels indépendants en difficulté : premiers regards sur la loi du 14 février 2022 : *BJE* n°2, mars 2022

PERRUCHOT-TRIBOULET (V.), Le risque de perte du crédit bancaire par la limitation du risque professionnel de l'entrepreneur individuel : *RPC* n°2, Mars-avril 2023, art. 16

PETIT (F.), Loi en faveur de l'activité professionnelle indépendante – Des effets de la procédure collective de l'entrepreneur individuel : *Act. proc. coll.* 2022, alerte 65

PETIT (F.), La restriction du gage des créanciers, une fausse réalité ? : *RPC* n°2, Mars-avril 2023, art. 14

PIEDELIEVRE (S.), Premières remarques sur la loi du 14 février 2022 en faveur de l'activité indépendante : *JCP N* 2022, 301

FAVRE-ROCHEX (Cl.), Le nouveau patrimoine professionnel : *JCP E* 2022, 1136

FAVRE-ROCHEX (Cl.), Précisions sur l'étendue de l'effacement des dettes à l'issue du rétablissement professionnel : *Act. proc. coll.* n° 11, 2 juin 2023, repère 131

REILLE (F.), Une nouvelle procédure qui n'en est pas une : le rétablissement professionnel : *RPC* n°2, mars 2014, dossier 22

REJET (T.), La désubjection du patrimoine : *D.* 2022, p. 469

REYGROBELLET (A.), Activité professionnelle indépendante – Définition du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel : *JCP N* 2022, act. 529

RIPERT (G.), Le droit de ne pas payer ses dettes : *DH* 1936, Chron. p. 57

ROSSI (P.), Dispositions de la loi Macron concernant les livres VI et VIII du Code de commerce : obstination ou obsession ? : *RPC* 2015, n° 5, étude 15

ROSSI (P.), Entrepreneur individuel et procédure collective – À propos de l'article 5 de la loi n°2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante : *JCP E* 2022, 1138

ROUSSEL GALLE (Ph.), EIRL : contracter et revendiquer avec soi-même... quelle drôle d'idée... : *RPC* n°2, mars 2011, dossier 24

ROUSSEL GALLE (Ph.), Effet personnel et effet réel des procédures collectives : *Dr. et patr.* n°223, mars 2013

ROUSSEL GALLE (Ph.), Vive l'EI !: *RPC* n°4, juillet 2022, repère 4

ROUSSEL GALLE (Ph.), Entrepreneur individuel – L'EI à un euro ! : *RPC* n° 6, nov. 2022, repère 6

ROUSSEL GALLE (Ph.), Nouveau statut de l'EI : faut-il aller plus loin ? : *RPC* n°2, 2023, repère n°2

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), Vers un droit économique de la défaillance ? : *RPC* n°2, Mars-avril 2023, art. 19

SAINTOURENS (B.), La procédure de traitement de sortie de crise : innovante et éphémère : *RPC* n° 5, sept. 2021, étude 14

SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), L'EIRL et les nullités de la période suspecte : *BJE* 2011, p. 82 s.

SENECHAL (M.), L'effet réel de la procédure collective : *BJE* n° 2, mars 2014

THOMAT-RAYNAUD (A.-L.) et **DUBUISSON (E.)**, 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, n° 22-23, 1173

VALLENS (J.-L.), La bonne foi fait son entrée dans le droit des entreprises en difficultés : *BJE* n° 1, janv. 2015

VALLENS (J.-L.), L'entrepreneur individuel en difficulté et ses patrimoines : *D.* 2022. 1269

VALLENSAN (J.) et **REGNAUT-MOUTIER (C.)**, « Faillite » des entreprises et surendettement des particuliers – Étude comparative et prospective in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron* : JGDJ, 2008, p. 443 s.

VALLANSAN (J.), EIRL et déclaration d'insaisissabilité : ou « l'entrepreneur barricadé » : *RPC* n° 2, Mars 2011, dossier 22

VAUVILLE (F.), La situation du cohabitant de l'entrepreneur individuel, « penitus extraneus » ou cheval de Troie ? : *RPC* n°2, Mars-avril 2023, art. 15

VINCENT (C.), Le redressement et la cession de l'activité professionnelle indépendante : *RPC* n°2, Mars-avril 2023, art. 11

VOINOT (D.), L'activité professionnelle indépendante de l'entrepreneur individuel défaillant : *RPC* n°2, Mars-avril 2023, art. 9

V. Arrêts cités

CEDH :

CEDH 22 sept. 2011, n° 60983/09, Tetu c/ France

Conseil constitutionnel :

CC°, 20 janv. 2012, n° 2011-212 QPC

CC°, 29 sept. 2016, n° 2016-573 QPC : *BJS* 2016. 738, note B. SAINTOURENS ; *RPC* 2017, obs.

A. MARTIN-SERF

Cour de cassation :

Com., 27 nov. 1991, n°90-11.122 : *Bull. civ. IV*, n°360 ; *D.* 1992. 81, note F. DERRIDA

Ass. Plén., 23 dec. 1994, n° 90-15.305

Com., 23 mai 1995, n° 93-16.930

Com., 20 juin 1995, n° 93-12.810 : *Bull. civ. IV*, n° 187

Com., 23 mai 2000, n° 97-20.865

Com., 4 oct. 2005, n° 04-12.610 : *Bull. civ. IV*, n° 193

Com., 2 nov. 2005, n° 04-16.232

Com., 16 mars 2010, n° 08-13.147

Com., 13 mars 2012, n° 11-15.438 : *Bull. civ. IV*, n° 53

Com., 18 juin 2013, n° 11-23.716

Com., 16 déc. 2014, n° 13-19.402 PBRI

Com., 5 avril 2016, n°14-24640

Crim., 28 juin 2016, n° 16-90.010

Com., 15 nov. 2016, n° 14-26.287 B

Com., 14 juin 2017, n° 15-26.953

Crim., 22 nov. 2017, n° 16-83.549

Com., 7 févr. 2018, n° 16-24.481 : *Act. proc. coll.* 2018/6, alerte 75, obs. V. LEGRAND

Com., 4 juill. 2018, n° 17-16.056 : *Bull. civ. IV*, n° 80 : *Rev. soc.* 2018. 534, note Ph. ROUSSEL
GALLE

Com., 29 mai 2019, n° 18-16.097

Com., 22 oct. 2019, n°18-19952

Com., 17 nov. 2021, n° 20-20.821

Com., 13 avr. 2022, n° 20-23.165

Com., 18 mai 2022, n°20-22.768, B : *JCP G*, 478, note J.-J. BARBIERI

Décisions de première instance ou d'appel :

CA Lyon, 25 mai 2020, n° 20/00058

CA Paris, 3 nov. 2020, n° 18/28083

CA Bastia 13 janvier 2021, n°18/00989

TJ Lille, 1^{ère} civ., 6 janv. 2023, n° 22/08891 : *Act. proc. coll.* 2023, alerte 43, note K. LAFAURIE

INDEX ALPHABÉTIQUE

- A - ACTION PAULIENNE : 33 ACTIVITE : - Cessation : 85 s. - Nouvelle : 108, 114 s. - Salariale : 107 ADMINISTRATION : - Libre administration : 96 - Fiscale : 39 AGRICULTEUR : 24 - B - BIENS : - Communs : 23, 46, 98 - Mixtes : 22, 54 - Propres : 46 BONNE FOI : - Notion : 10 - C - CAUTIONNEMENT : 130 CESSATION DES PAIEMENTS : 28 COMMISSION DE SURENDETTEMENT : 54, 58, 91 s. COMPTABILITE : 21, 61, 155 CONJOINT COMMUN EN BIENS : 46, 98 CREANCIER : - Personnel (notion) : 7 - Professionnel (notion) : 7 CREDIT BANCAIRE : 9 CRITERE DE L'UTILITE : 20 s.	- D - DESAISISSEMENT : 98 s. DOMMAGES-INTERETS : 143 DROIT DE GAGE : - Étendu : 39 s., 45, 54, 70 - E - EFFACEMENT DE DETTES : V. Rétablissement professionnel ENTREPRENEUR INDIVIDUEL (ancien) : 22 ENTREPRENEUR INDIVIDUEL (nouvel) : 11 EIRL : 6 EXTENSION DE PROCEDURE : V. Réunion des patrimoines - F - FAILLITE : - Droit des faillites : 10 - Personnelle : 145 s. FRAUDE PAULIENNE : V. Action paulienne - I - INSAISSABILITE : 5 INSUFFISANCE D'ACTIF : V. Responsabilité pour insuffisance d'actif INTERDICTION DES PAIEMENTS : 48 INTERDICTION DE GERER : V. Faillite personnelle
--	--

- N - NULLITE : - Période suspecte : 28 s. - P - PAIEMENT : V. Interdiction des paiements PATRIMOINE : - D’affectation : 4, 6 - Personnel (notion) : 7 - Professionnel (notion) : 7 - V. Réunion des patrimoines - Théorie : 2-3 PROCEDURE COLLECTIVE : - Éligibilité : 82 s. - Notion : 3 PROPERSONNALITE : 6 - R - REBOND : 10, 108, 111 s. RENONCIATION : - Insaisissabilité : 5, 9, 39 - Séparation des patrimoines : 9, 39 RESPONSABILITE : - Civile : 34, 138 - Pour insuffisance d’actif : RETABLISSEMENT PROFESSIONNEL : 10, 125 s. REUNION DES PATRIMOINES : 60 s., 86-87	- S - SANCTION : - V. Banqueroute - V. Faillite personnelle - V. Responsabilité pour insuffisance d’actif : 134 s., 151, 158 SOCIETE : - Unipersonnelle : 4 - T - TRIBUNAL DE LA PROCEDURE : - Compétence unique : 55, 90 - Compétence partagée : 54 - U - UTILITE : V. critère de l’utilité
---	---

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	I
LISTE DES ABRÉVIATIONS	III
SOMMAIRE	V
INTRODUCTION : ATTEINTE PROGRESSIVE A LA THEORIE DU PATRIMOINE	1
PREMIÈRE PARTIE : LA PLACE DES BIENS DANS UNE PROCEDURE COLLECTIVE DESUBJECTIVEE	11
CHAPITRE 1 : LE CANTONNEMENT DE L'EFFET REEL DE LA PROCEDURE COLLECTIVE EN CONTEMPLATION DE LA DUALITE PATRIMONIALE	13
<i>Section 1 : Le patrimoine en tant qu'objet de la procédure collective</i>	13
§ 1 - L'actif de la procédure collective	13
A. L'identification de l'actif par délimitation des contours du patrimoine soumis à la procédure collective	14
1. Le rôle central du critère d'utilité	14
2. L'exclusion de certains biens	17
B. Les reconstitutions de l'actif	18
1. Les nullités de la période suspecte	19
2. Les autres actions	20
§2 - Le passif de la procédure collective	22
A. Les déclarations de créances	22
1. Les créanciers ayant pour seul gage le patrimoine professionnel	23
2. Les créanciers disposant d'un droit de gage étendu	23
B. L'absence de déclaration	25
<i>Section 2 : L'effet de la procédure sur les créanciers</i>	26
§ 1 – Un effet limité : les créanciers concernés	26
A. Les créanciers du débiteur	26
B. Les créanciers du conjoint commun en biens	27
§ 2 – Un effet limitant : la restriction des droits	27
A. Restriction à l'égard du débiteur	28
B. Restriction à l'égard du garant	28
CHAPITRE 2 : LA QUASI-RENAISSANCE DE L'EFFET REEL DE LA PROCEDURE EN CONTEMPLATION DE L'UNITE PROCEDURALE	30
<i>Section 1 : Des hypothèses multiples de procédures appréhendant les deux patrimoines</i>	31
§ 1 – Des cas nombreux et incertains	32
A. Des difficultés simultanées	32
B. Des difficultés successives	33
§ 2 – Le cas particulier de l'extension de procédure par réunion des patrimoines	34
A. Les critères de l'extension de procédure par réunion des patrimoines	35
B. Les effets de l'extension de procédure par réunion des patrimoines	36
<i>Section 2 : Des ajustements nécessaires</i>	36
§ 1 – De la nécessité de remanier le concept d'« intérêt collectif »	36
A. L'intérêt collectif confronté à la procédure collective de l'entrepreneur individuel	37
B. Un remaniement nécessaire du concept	38

§ 2 – La problématique de l’issue d’une procédure appréhendant patrimoines professionnel et personnel	40
A. Sous-procédures : rejet absolu de l’unité de traitement	40
B. Sous-procédures : issues identiques ou différenciées ?	41
SECONDE PARTIE : LA PLACE DU DEBITEUR DANS UNE PROCEDURE COLLECTIVE DESUBJECTIVEE	44
CHAPITRE 1 : L’ANCRAGE DE L’EFFET PERSONNEL DE LA PROCEDURE COLLECTIVE DES SON OUVERTURE	45
<i>Section 1 : Le débiteur en tant que sujet de la procédure collective</i>	45
§ 1 – L’éligibilité de l’entrepreneur individuel à l’ouverture d’une procédure collective	45
A. Entrepreneur et activité	45
B. Entrepreneur et inactivité	46
1. L’entrepreneur retiré des affaires	46
2. L’entrepreneur décédé	47
§ 2 – La compétence d’un tribunal unique pour apprécier la situation d’une personne unique	47
A. La place centrale du tribunal de la procédure	47
B. La place secondaire de la commission de surendettement	48
<i>Section 2 : L’effet de la procédure sur le débiteur</i>	50
§ 1 – Les pouvoirs de l’entrepreneur placé en procédure collective	50
A. L’encadrement en sauvegarde ou en redressement judiciaire	51
B. Le dessaisissement en liquidation judiciaire	52
§ 2 – Les revenus de l’entrepreneur placé en procédure collective	54
A. La détermination des revenus	55
B. Le sort des revenus	55
CHAPITRE 2 : LA RECRUESCENCE DE L’EFFET PERSONNEL DE LA PROCEDURE A SA CLOTURE	58
<i>Section 1 : Le pardon du chef d’entreprise méritant : le rebond</i>	58
§ 1 – Procédure de liquidation judiciaire et rebond économique	58
A. Pendant la procédure : la possibilité offerte au débiteur de démarrer une nouvelle activité	59
B. A l’issue de la procédure : la non reprise des poursuites contre le débiteur	61
§ 2 – Procédures spéciales et rebond économique	62
A. La liquidation judiciaire simplifiée	63
B. Le rétablissement professionnel sans liquidation	64
1. Conditions d’ouverture	64
2. Effet principal : l’effacement de dettes	65
<i>Section 2 : Le châtement du chef d’entreprise coupable : les sanctions</i>	66
§ 1 – La sanction patrimoniale : la responsabilité pour insuffisance d’actif	67
A. Le domaine de l’action	67
1. <i>Rationae personae</i> : les personnes concernées	67
2. <i>Rationae materiae</i> : la procédure collective concernée	68
B. La mise en œuvre de l’action	68
C. Les effets de l’action	69
§ 2 – Les sanctions professionnelles et pénales	70
A. Les sanctions professionnelles	70
1. Règles communes aux deux sanctions professionnelles	71
2. Règles particulières à chaque sanction professionnelle	73
B. Les sanctions pénales	75
1. Le délit de banqueroute	75
2. Les infractions annexes	75
CONCLUSION GÉNÉRALE : UNE DESUBJECTIVATION PARTIELLE DES PROCEDURES COLLECTIVES	78

BIBLIOGRAPHIE	79
INDEX ALPHABÉTIQUE	86
TABLE DES MATIÈRES	88

LA DESUBJECTIVATION DES PROCEDURES COLLECTIVES

Résumé

Dans une époque marquée, entre autres mutations, par l'évolution des aspirations individuelles, il est de ces agents économiques qui ne se reconnaissent pas ou plus à travers la norme du salariat. Dès lors, l'essor du travail indépendant fit émerger le caractère impératif de sa protection, dont la manifestation la plus récente réside dans l'instauration d'un régime de protection automatique du travailleur indépendant, plaçant ce dernier à la tête d'une pluralité de patrimoines, l'un personnel et l'autre professionnel.

En ce qu'il marque une rupture nette avec le principe d'unicité du patrimoine, le statut du nouvel entrepreneur individuel questionne et, en présence de difficultés, invite à revoir les places respectives du débiteur et de ses patrimoines au sein de la procédure collective.

Mots clés : Procédure collective – entreprise en difficulté – entrepreneur individuel – activité professionnelle indépendante – patrimoine – utilité.