

Proposition du 116^e Congrès de réformer de l'insaisissabilité de la résidence principale du chef d'entreprise

Inf. 6

Le 116^e Congrès a proposé d'étendre l'insaisissabilité de la résidence principale aux associés dont la responsabilité est illimitée et de simplifier la publicité de la déclaration d'insaisissabilité. Adoptée à 97 %, la proposition a fait la quasi-unanimité. À raison ?



Cécile Lisanti,

professeur à l'Université de Montpellier (UM), CDE



Victor Antin,

notaire à Lyon – Groupe Althémis

Étendre l'insaisissabilité automatique de la résidence principale à tout entrepreneur indéfiniment responsable

1. Genèse. Le dispositif de protection du patrimoine immobilier de l'entrepreneur individuel a largement évolué depuis sa mise en place en 2003, date de consécration de la déclaration notariée d'insaisissabilité (DNI) (*Loi 2003-721 du 1-8-2003*). Après dix-sept années d'évolution, la protection des immeubles de l'entrepreneur individuel non affectés à son usage professionnel semble avoir atteint sa maturité. Limitée initialement à la résidence principale, la faculté de l'entrepreneur individuel de déclarer insaisissable sa résidence principale a été élargie à l'ensemble de ses biens fonciers non affectés à son usage professionnel (*Loi LME 2008-776 du 4-8-2008*). Enfin, l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel est devenue automatique, sans réalisation de formalité préalable, renforçant par là son efficacité (*Loi 2015-990 du 6-8-2015, dite « Loi Macron »*).

2. Constat et proposition. L'entrepreneur individuel bénéficie aujourd'hui d'une protection automatique de sa résidence principale. Sa situation serait-elle plus enviable que celle de l'entrepreneur qui exerce sa

profession au sein d'une société dont la responsabilité des associés n'est pas limitée ? Le 116^e Congrès des notaires a répondu par l'affirmative et propose, par conséquent, d'élargir le bénéfice de l'insaisissabilité de la résidence principale aux associés dont la responsabilité est illimitée.

Une extension sujette à discussion

3. Deux entrepreneurs pas si semblables. De simple faculté, l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel est devenue de droit en 2015. À cette époque, constatant l'insuccès de la DNI, le législateur a en effet décidé de modifier sa réponse au risque pesant sur l'entrepreneur individuel, qu'il a décidé de protéger « par défaut ». Le diagnostic de cet insuccès fut partagé par tous, mais les raisons en sont plus incertaines : coût de la déclaration notariée ? Méconnaissance du risque encouru ? Ignorance de la protection proposée ? Cette dernière hypothèse semble la plus vraisemblable et c'est la raison pour laquelle une extension du dispositif d'insaisissabilité de droit de sa résidence

principale, comme le propose le Congrès, pourrait de prime abord paraître contestable.

4. Un associé averti ? En effet, si l'on peut légitimement penser que l'entrepreneur individuel ignore les subtilités du statut qui lui est applicable dans la mesure où celui-ci s'applique à défaut d'autre choix, la situation de l'associé d'une société dont la responsabilité est indéfinie voire solidaire

apparaît, elle, par opposition, comme le résultat d'un véritable choix : choix d'exercer en société et choix d'une forme sociale ne limitant pas la responsabilité de ses associés. En cela, l'on ne peut pas assimiler l'entrepreneur individuel à l'associé qui exerce sa

profession au sein d'une société. À cet argument, l'on peut également ajouter que les associés ont la liberté de se tourner vers d'autres structures sociales qui permettraient de mettre à l'abri leur patrimoine personnel (pour les sociétés professionnelles, une Selarl par exemple). En contrepoint, l'on peut considérer que la connaissance du risque encouru et

“
Le critère de protection tel qu'il a été voté mériterait une adaptation
”

l'existence d'outils pour s'en protéger ne sont pas des arguments suffisants pour écarter une protection automatique de sa résidence principale, à l'instar de l'entrepreneur individuel.

5. Une conciliation utopique du risque entrepreneurial et de la protection du patrimoine de l'entrepreneur ? Aussi louable que soit le souhait des autorités de protéger le patrimoine personnel de l'entrepreneur, celui-ci pourrait apparaître quelque peu naïf au regard, d'une part, du caractère par nature risquée de son activité et, d'autre part, de la nécessité de financer celle-ci. En effet, l'obtention des financements nécessaires à l'activité impose à l'entrepreneur, en pratique, la fourniture de garanties. Dès lors, que reste-t-il à donner en garantie si l'on sacralise la résidence principale ? Dans la majorité des cas, peu de choses... Comment concilier l'accès au crédit et la protection de ce qui constitue, dans bien des cas, le seul patrimoine de l'entrepreneur ?

6. Une protection illusoire ? Conscient de l'opposition pouvant exister entre ce dispositif protecteur et la faculté de financer son activité pour l'entrepreneur individuel, le législateur a prévu la possibilité de renoncer à l'insaisissabilité automatique de sa résidence principale. Cette possibilité devrait également s'appliquer à l'associé. Mais alors, une généralisation de l'insaisissabilité de la résidence principale à tout entrepreneur indéfiniment responsable présenterait un autre risque : elle ne résisterait pas à la réalité des besoins de financement et aurait probablement pour conséquence d'engendrer des renonciations fréquentes voire systématiques à l'insaisissabilité de la résidence principale pour permettre aux entrepreneurs concernés de retrouver l'accès au crédit. Autrement dit, il est clair que le besoin de garanties pour obtenir le financement de leur activité est un frein réel à la protection totale de la résidence principale. Mais là encore, parce que cet inconvénient existe déjà pour l'entrepreneur individuel, il ne permet pas d'exclure le principe d'une proposition d'extension du mécanisme de l'insaisissabilité légale.

Une proposition à adapter

7. Réalité du constat. On ne peut que partager le constat dressé par le 116^e Congrès des notaires. Le législateur a développé ces dernières années un dispositif de protection

au profit de l'entrepreneur individuel mais il a laissé de côté d'autres entrepreneurs, dont les biens personnels peuvent être exposés en cas de défaillance dans le paiement de leurs dettes professionnelles. Il ne s'agit toutefois pas d'un véritable oubli : lorsque l'activité est exercée sous la forme sociétaire, les créanciers professionnels sont les créanciers de la société. Dès lors, les associés sont protégés par l'écran de la personne morale. Cet écran est, en principe, efficace lorsqu'il s'agit d'une société à responsabilité limitée car les associés sont tenus dans la limite de leurs apports. Il l'est bien moins dans les sociétés à responsabilité illimitée : les associés sont tenus au paiement de dettes sociales au-delà de leurs apports. Tel est notamment le cas dans les SNC, SCP et, plus largement, toutes sociétés civiles.

8. Sort des dirigeants de société. La même observation peut être formulée pour les dirigeants des sociétés : en pratique, il n'est pas rare que les dirigeants de société soient poursuivis sur leurs biens personnels, soit en raison d'un engagement personnel (caution, notamment), soit parce qu'ils ont commis des fautes de gestion. Ce risque patrimonial est particulièrement fort en présence d'une procédure collective au titre de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actifs (*C. com. art. L 651-1*). La faute de gestion et la condamnation au comblement du passif social du dirigeant sur ses biens personnels sont fréquemment retenues par les juridictions, malgré l'exclusion de la simple négligence du dirigeant dans la définition légale d'une telle faute (*Loi 2016-1691 du 9-12-2016, dite « Loi Sapin II »*). Tel est notamment le cas lors d'un simple retard du dirigeant dans la déclaration de cessation des paiements (pour une illustration, *Cass. com. 5-2-2020 n° 18-15.072 F-D : Rev. proC. coll. 2020, n° 4, 113, note C. Lisanti*). À l'égard des dirigeants, le risque semble d'ailleurs plus grand car il est indépendant de la structure sociale choisie, ce qui ne permet nullement son anticipation. Ainsi, à y regarder de plus près, l'on arrive à une forme de paradoxe : l'entrepreneur individuel, qui ne bénéficie pas, par hypothèse, de l'écran de la personne morale, est en définitive mieux protégé des créanciers.

9. Contre-proposition. Le critère de protection tel qu'il a été voté mérite, sans doute, une adaptation afin d'assurer à tous les entrepreneurs une protection minimale portant

sur leur résidence principale. L'insaisissabilité de la résidence principale pourrait être étendue à tous les entrepreneurs à responsabilité illimitée (individuels ou associés), ainsi qu'à tous les dirigeants de sociétés de petites et moyennes entreprises au sens du droit de l'Union européenne (entreprises qui occupent moins de 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros). Une telle proposition a d'ailleurs été formulée dans un avis rendu par le comité juridique de la Fédération nationale de droit du patrimoine (l'avis, rendu en 2020, propose une extension de la protection aux seuls dirigeants de PME : *S. Guillaud-Bataille et C. Lisanti, Consacrer l'insaisissabilité de la résidence principale du dirigeant de PME : JCP N 23-10-2020 n° 1218*).

Conclusion

Protéger, c'est le fondement des propositions du 116^e Congrès des notaires. En ce sens, on ne peut qu'approuver la proposition faite d'étendre à tout entrepreneur indéfiniment responsable le bénéfice du dispositif d'insaisissabilité automatique de sa résidence principale. La proposition nous semble même devoir englober plus largement l'ensemble des dirigeants de petites et moyennes entreprises. Si cette proposition était entendue, il est à craindre que le souhait de protection du législateur pourrait malheureusement se traduire par des renonciations à l'insaisissabilité en masse dans le cadre du financement par les entrepreneurs de leur activité. Dans la mesure où ces renonciations seraient certainement faites au bénéfice de créanciers déterminés (établissement(s) prêteur(s) principalement), il semble que l'extension de la protection ne sera malgré tout pas vaine puisqu'elle bénéficiera à l'entrepreneur vis-à-vis de ses autres créanciers.

Supprimer la publicité des déclarations volontaires d'insaisissabilité dans les registres professionnels et sur un support habilité à recevoir des annonces légales

10. Contexte. Outre sa publication au fichier immobilier, la DNI doit être mentionnée au registre de publicité légale à caractère professionnel dans lequel le déclarant est immatriculé ou publiée, sous forme d'un extrait, lorsque le déclarant n'est pas tenu de s'immatriculer dans un registre de publicité légale, sur un support habilité à recevoir des annonces légales. Les conséquences d'un défaut de réalisation de ces formalités de publicité ont évolué dans le temps.

Jusqu'en 2016, la jurisprudence rejetait l'action du liquidateur tentant d'obtenir l'inopposabilité de la déclaration à la procédure considérant qu'il n'agissait pas là dans l'intérêt collectif des créanciers. Depuis lors, la jurisprudence a renouvelé son analyse de l'intérêt collectif des créanciers : la déclaration d'insaisissabilité n'est opposable à la procédure collective que si elle a été régulièrement publiée (*Cass. com. 15-11-2016 n° 14-26.287 FS-PBI*).

11. Constat et proposition. Le défaut de réalisation des formalités de publicité des déclarations volontaires d'insaisissabilité rend inefficace la protection des biens de l'entrepreneur. Le 116^e Congrès des notaires propose de simplifier ces formalités pour ne retenir que la publicité foncière.

12. Protéger l'entrepreneur. Cette proposition renforcerait indéniablement la protection de l'entrepreneur. Malgré la publicité imparfaite de la DNI qu'il aurait faite, il bénéficierait à plein de la protection offerte par celle-ci.

13. Protéger les créanciers. L'argument *contraire* consiste bien entendu à rappeler

que les formalités imposées par l'article L 526-2, alinéas 2 et 3 du Code de commerce ont pour vocation de permettre la bonne information des créanciers de l'entrepreneur. La suppression de cette « publicité professionnelle » ne laisserait subsister que la publicité foncière des déclarations notariées d'insaisissabilité dont, force est de reconnaître, qu'elle n'est ni aisément accessible pour les créanciers, ni adaptée à une recherche par entrepreneur. Dès lors, il pourrait sembler déloyal d'opposer au créancier une DNI dont il pourrait ignorer l'existence.

Conclusion

L'objectif de protection de l'entrepreneur ne peut qu'encourager l'allègement des formalités de publicité liées à la déclaration notariée d'insaisissabilité. La protection des uns ne doit toutefois pas trop réduire celle des autres. La suppression de la publicité des DNI dans les registres professionnels ou sur un support habilité à recevoir des annonces légales nous semble affaiblir de façon injustifiée la légitime protection des créanciers de l'entrepreneur. Cette protection nous semble assurée par l'accomplissement des dites formalités par le notaire qui est le garant de l'efficacité des actes qu'il reçoit et qui doit donc être particulièrement vigilant quant à la réalisation de celles-ci.

Extrait

« Protéger la résidence principale des entrepreneurs associés des sociétés professionnelles et modifier la publicité de la déclaration d'insaisissabilité »

Le 116^e Congrès des notaires de France propose :

- Que le début de l'article L 526-1 du Code de commerce soit remplacé par la disposition suivante :

« Par dérogation aux articles 2284 et 2285 du Code civil, les droits d'un entrepreneur et d'un associé ne bénéficiant pas d'une limitation de leur responsabilité professionnelle, sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale sont de droit insaisissables par les créanciers dont les droits naissent à l'occasion de l'activité professionnelle de celui-ci ou de l'activité de la société dont il est associé.

- D'abroger le deuxième et le troisième alinéa de l'article L 526-2 du Code de commerce. » »

