

# Consacrer l'insaisissabilité de la résidence principale du dirigeant de société

Sylvain Guillaud-Bataille et Cécile Lisanti

Pré-rapport comité juridique du 16 mai 2019

## 1.- Protection accrue du patrimoine de l'entrepreneur individuel.

L'étude du droit positif se rapportant à l'entrepreneur individuel permet de dresser le constat d'une **protection accrue du patrimoine de l'entrepreneur individuel contre l'appréhension de son patrimoine privé par les créanciers professionnels**. L'idée que l'entrepreneur puisse limiter les risques patrimoniaux liés à son activité professionnelle et mettre à l'abri ses biens personnels des poursuites exercées par ses créanciers professionnels a en effet été promue au travers de plusieurs mécanismes relativement récents. Sous réserve des techniques sociétaires et particulièrement de l'EURL créée en 1985, le premier des mécanismes offerts à l'entrepreneur individuel est la déclaration notariée d'insaisissabilité (DNI). Issue de la loi du 1<sup>er</sup> août 2003, la DNI avait dans sa version originelle un domaine strictement limité à la résidence principale. Avec la loi du 4 août 2008, la DNI a été étendue à l'ensemble des immeubles de l'entrepreneur, à l'exclusion de l'immeuble professionnel. Enfin, prenant acte du peu de succès de la DNI, la loi dite Macron du 6 août 2015 est venue en modifier l'approche de l'insaisissabilité du patrimoine immobilier de l'entrepreneur individuel. L'article L. 526-1 du Code de commerce, tel qu'il résulte de sa rédaction nouvelle, dispense l'entrepreneur de recourir à la DNI pour la protection de la résidence principale en consacrant son **insaisissabilité de plein droit**.

## 2.- Absence de protection du patrimoine du dirigeant de société.

Le constat est tout autre s'agissant du patrimoine du dirigeant de société. Le dirigeant ne bénéficie d'aucun mécanisme protecteur de son patrimoine. Ceci paraît de prime abord justifié: lorsque l'on s'interroge sur les risques patrimoniaux liés à l'exploitation d'une entreprise, l'on enseigne traditionnellement que l'entreprise individuelle est un mode d'exercice plus risqué que l'exercice en la forme sociétaire. En effet, l'écran de la personne morale met en principe le dirigeant à l'abri des poursuites des créanciers professionnels. L'on sait néanmoins qu'une telle approche est excessivement réductrice. En pratique, les dirigeants sociaux peuvent être exposés à ces poursuites. Ils peuvent l'être en premier lieu parce qu'ils ont consenti des garanties (cautionnement, garanties autonomes...) qui permettront au créancier d'agir à leur encontre. Ils le peuvent en second lieu, par la mise en œuvre de leur responsabilité.

Lorsque la société est *in bonis*, tel est le cas en présence d'une faute détachable des fonctions. Lorsque la société est en liquidation judiciaire, la responsabilité pour insuffisance d'actifs (art. L. 651-1 et s. du Code de commerce) permet de poursuivre le dirigeant ayant commis une faute de gestion ayant contribué à une insuffisance d'actifs. En dépit d'une réforme législative récente ayant conduit à exclure la faute de gestion en présence d'une simple négligence<sup>1</sup>, la mise du dirigeant dans ce cadre est chose courante en pratique.

**Constat : Les risques patrimoniaux encourus par le dirigeant de société est donc bien réel. Toutefois, le droit n'organise aucune protection de son patrimoine, partant du postulat erroné d'une absence de risque. L'on se trouve alors confronté à un paradoxe : malgré l'écran de la personne morale, le dirigeant de société peut être plus exposé que l'entrepreneur individuel aux poursuites des créanciers professionnels.**

**3.- Objectif : renforcer la protection du patrimoine du dirigeant de société en le limitant à la protection de sa résidence principale.** La proposition de la FNDP tend à l'instauration d'une protection du patrimoine du dirigeant.

Il ne s'agit néanmoins nullement d'aligner le sort du dirigeant sur celui de l'entrepreneur individuel en terme de protection. L'idée serait de limiter la protection du dirigeant à sa résidence principale et d'étendre le mécanisme de l'insaisissabilité légale de la résidence principale au dirigeant. Pour ce faire, le comité juridique propose donc une **modification de la rédaction de l'article L. 526-1 du Code de commerce.**

**Précision** sur la *technique* retenue : entre la DNI et l'insaisissabilité légale de la résidence principale, le comité a retenu l'insaisissabilité légale. Il faut en effet rappeler que l'insaisissabilité légale a été consacrée par la loi Macron pour pallier à l'insuccès de la DNI. Proposer la DNI n'est donc pas apparue comme la technique la plus adaptée en terme d'efficacité.

**4.- Modalités de la protection par l'insaisissabilité de plein droit de la résidence principale.**

Reste alors à déterminer selon quelles modalités l'insaisissabilité de plein droit de la résidence principale du dirigeant doit être consacrée.

1°/ La **première question** se rapporte au **bénéficiaire de la protection**. En d'autres termes, **quel dirigeant mérite protection ?**

- A cet égard, la proposition de la FNDP se veut prudente : il s'agirait d'ouvrir la protection au seul **dirigeant de droit personne physique**.

Une telle limitation au dirigeant de droit a pour finalité d'exclure les dirigeants de fait, qui ne peuvent être protégés sans créer une trop importante insécurité juridique.

- Par ailleurs, se pose la question délicate de la nature de la personne morale dirigée par le dirigeant protégé.

**Sur ce point, deux positions sont possibles et soumises à la discussion du comité:**

\*une **position restrictive** consisterait à limiter la protection au dirigeant de droit personne physique **d'un groupement doté de la personnalité morale exerçant une activité économique**. Ceci conduirait à clairement exclure l'insaisissabilité de la résidence principale du dirigeant de société patrimoniale.

La rédaction pourrait être la suivante :

**« Le dirigeant de droit personne physique de tout groupement doté de la personnalité morale exerçant une activité économique »**

\*une **position extensive**, plus protectrice du dirigeant, consisterait à ne pas prendre en compte la nature particulière du groupement et à reconnaître le bénéfice de la protection à tout dirigeant de droit personne physique.

La rédaction pourrait être la suivante :

**« Le dirigeant de droit personne physique de tout groupement doté de la personnalité morale »**

## **2°/ Se pose en deuxième lieu la question du ou des immeuble (s) objet (s) de l'insaisissabilité.**

A cet égard, il semble qu'une protection limitée à la résidence principale du dirigeant soit à privilégier. Cela signifie alors que la technique de la DNI ne serait pas ouverte au dirigeant : la seule protection porterait sur sa résidence principale et résulterait de l'effet de la loi, de ce point de vue exactement comme l'entrepreneur principal.

Cette voie semble suffisante : le droit au logement serait finalement le fondement de la protection du dirigeant.

## **3°/ Se pose enfin la question de l'opposabilité de l'insaisissabilité : quels sont les créanciers à qui l'insaisissabilité est opposable ?**

- A l'instar de ce qui résulte de la rédaction actuelle de l'article L. 526-1 du Code de commerce, il est évident que le créancier doit être un **créancier professionnel**. A cet égard, un alignement de régime s'impose.

- En revanche, une autre question est plus délicate : doit-on considérer que l'insaisissabilité est opposable à tous les créanciers professionnels ? Sur ce point, plusieurs positions sont possibles.

\*La **première** consisterait à considérer **que l'insaisissabilité de la résidence principale concerne tous les créanciers professionnels du dirigeant**. L'avantage serait de permettre une protection large en ayant une solution s'inspirant de ce qui est déjà mis en place pour l'entrepreneur individuel.

\***Une seconde** consisterait à **limiter l'opposabilité de l'insaisissabilité à certains créanciers professionnels**. Ce qui invite alors à revenir sur les sources de la responsabilité du dirigeant. A cet égard, il faut rappeler que les dirigeants sont poursuivis soit en raison de leur responsabilité (de nature différente selon que le groupement est *in bonis* ou non), soit par la mise en œuvre de garantie (caution, garantie autonome...).

L'option la plus minimaliste consisterait à ne retenir l'insaisissabilité qu'en présence de la mise en œuvre de l'article L. 651-2 du Code de commerce (responsabilité pour insuffisance d'actifs

en présence d'une liquidation judiciaire). Dans ce cas, c'est au liquidateur judiciaire que l'insaisissabilité de la résidence principale pourrait être opposée, dans les mêmes conditions que pour l'entrepreneur principal.

Une autre option consisterait à retenir que l'insaisissabilité de la résidence principale est opposable en présence **de toute action en responsabilité** contre le dirigeant, indépendamment d'une procédure collective contre le groupement.

Une dernière option intermédiaire consisterait à limiter l'insaisissabilité de la résidence principale **en présence d'une procédure collective** à l'encontre de la personne morale : ceci permettrait d'étendre la protection au dirigeant garant, et plus seulement poursuivi en raison de la mise en œuvre de sa responsabilité.

Sur cette question, les rédacteurs sollicitent l'avis des membres du comité.

**Proposition de rédaction (à établir en fonction des propositions retenues) :**