

Consacrer l'insaisissabilité de la résidence principale du dirigeant de PME

Sylvain Guillaud-Bataille et Cécile Lisanti

Proposition de rapport pour comité juridique du 12 septembre 2019

1.- Contexte : 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^{er} 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.- Constat : 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 négligence¹, la mise en cause du dirigeant dans ce cadre est chose courante en pratique.

¹ Par la loi dite SAPIN 2.

Les risques patrimoniaux encourus par le dirigeant de société sont bien réels. 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.- Proposition: instaurer une protection du patrimoine des dirigeants de petites sociétés qui sont sociologiquement proches de l'entrepreneur individuel (*études de terrain ?*).

La proposition formulée se veut prudente. Il ne s'agit nullement d'aligner le sort des dirigeants sur celui de l'entrepreneur individuel. Pour des raisons de politique juridique et de préservation des droits des créanciers, le comité entend proposer une protection fermement encadrée et se voulant strictement limitée dans son domaine (I) même si le régime s'inspire directement des solutions applicables pour l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel (II).

I- Un domaine strictement limité

A- Les limites relatives à l'objet de l'insaisissabilité

La protection doit être limitée du point de vue de son objet: seule la résidence principale est insaisissable. C'est pourquoi, le comité propose l'extension de l'insaisissabilité légale de la résidence principale (1) et une exclusion de la DNI sur les autres immeubles (2).

1°- S'agissant de la protection de la résidence principale par l'insaisissabilité, deux voies étaient envisageables : la protection automatique par l'effet de la loi ou volontaire par déclaration. Le comité préconise l'extension de l'insaisissabilité légale de la résidence principale. En effet, la pratique antérieure à la loi dite *Macron* consacrant l'insaisissabilité automatique de la résidence principale pour l'entrepreneur révèle que les déclarations volontaires étaient peu utilisées. Dès lors, si l'on veut véritablement promouvoir la protection de la résidence principale du dirigeant, le mécanisme de l'insaisissabilité légale doit être privilégié. La protection pourrait alors être organisée par l'extension du mécanisme de l'insaisissabilité légale de sa résidence principale. **Pour ce faire, le comité juridique propose une modification de la rédaction de l'article L. 526-1 du Code de commerce.**

Pour rappel, en application des dispositions de l'article L. 526-1 du Code de commerce, la protection ne s'applique pas lorsque la résidence principale est détenue par l'intermédiaire d'une SCI². Cette même restriction serait applicable à la protection de la résidence principale du dirigeant.

2°- S'agissant de l'exclusion de la DNI sur les autres immeubles du dirigeant, elle participe de l'idée que ce n'est pas un alignement avec les droits de l'entrepreneur individuel qui est recherchée. Partant, contrairement à l'entrepreneur individuel, aucune protection des autres immeubles ne pourrait être mise en place par la technique de la DNI. **Le droit au logement serait en définitive le fondement unique de la protection du dirigeant.**

^{2 2} En ce sens : Rép. Min. n°66042 : JOAN Q, 2 août 2005, p.7580 ; JNCP N 2005, n°35, p.1385.

B- Les limites relatives aux bénéficiaires de l'insaisissabilité

Le comité préconise de limiter la protection de la résidence principale aux dirigeants les plus « vulnérables » : c'est pourquoi elle doit être exclue pour les dirigeants de grandes entreprises. Partant de l'idée de proximité sociologique entre l'entrepreneur individuel et les dirigeants de PME, l'insaisissabilité automatique de la résidence principale doit bénéficier seulement aux dirigeants de petites et moyennes entreprises.

Sur ce point, la proposition de la FNDP se veut très prudente : il s'agirait d'ouvrir la protection aux seules personnes physiques dirigeants de droit de PME.

(1) - S'agissant d'abord de la limitation *aux seuls dirigeants de droit*, elle a pour finalité d'exclure les dirigeants de fait, qui ne sauraient être protégés sans créer une trop importante insécurité juridique.

(2) - S'agissant ensuite de la question de la *taille de la société*, afin de limiter le texte aux dirigeants de petites et moyennes entreprises le texte doit :

- exclure les dirigeants de sociétés cotées,
- prévoir des seuils de taille.

A cet égard, les seuils proposés par l'article 3 du décret n°2008-1354 du 18 décembre 2008 pourraient être utilement repris. Au sens de ce texte, la catégorie des PME est constituée des entreprises qui d'une part occupent moins de 250 salariés et d'autre part ont un chiffre d'affaires annuel n'excédant pas 50 millions d'euros ou un total de bilan n'excédant pas 43 millions d'euros.

Question au comité : peut-être devrait on préférer le seuil proposé par l'article 2 du décret n°2019-539 du 29 mai 2019 portant application de l'article 47 de la loi Pacte. Ce texte définit les moyennes entreprises au travers de nouveaux seuils de plafond légèrement plus bas (- de 250 salariés, - de 40 000 000 CA et - 20 000 000 total bilan)?

(3)- S'agissant enfin de la nature de la société, le comité entend encore formuler une proposition prudente. L'idée serait de réserver la protection aux **dirigeants de sociétés dont l'activité correspond à titre prépondérant à celle d'une entreprise au sens du droit de l'UE** (Règlement (CEE) n° 696/93 du Conseil, du 15 mars 1993, relatif aux unités statistiques d'observation et d'analyse du système productif dans la Communauté)³.

³ Annexe du dit Règlement, Extrait, A : « L'entreprise correspond à la plus petite combinaison d'unités légales qui constitue une **unité organisationnelle de production de biens et de services jouissant d'une certaine autonomie de décision, notamment pour l'affectation de ses ressources courantes (...)** »

II- Une opposabilité encadrée

A- Les conditions de l'opposabilité de l'insaisissabilité

- D'abord, il est clair qu'à l'instar des solutions applicables sur le fondement de l'article L. 526-1 du Code de commerce pour l'entrepreneur individuel, le créancier se voyant opposer l'insaisissabilité ne peut être **qu'un créancier professionnel**. A cet égard, un alignement de régime nous semble s'imposer.

- Ensuite, s'agissant de l'application temporelle de la protection, les impératifs de sécurité juridique imposeraient de réserver la protection **aux seuls créanciers postérieurs**, c'est à dire ceux dont la créance est née après l'entrée en vigueur de la consécration législative préconisée de l'insaisissabilité.

- Enfin, à l'instar de ce qui existe pour l'entrepreneur individuel, il est indispensable de prévoir la **possibilité de renonciation** à l'insaisissabilité de la résidence principale. En l'état actuel des textes, l'article L. 526-3 alinéa 3 du Code de commerce prévoit la possibilité pour l'entrepreneur de renoncer à l'insaisissabilité de la résidence principale au profit d'un ou plusieurs créanciers. L'idée qui innerve la faculté de renonciation est la suivante : le créancier ne doit pas être dissuadé de fournir un crédit au motif que le droit de gage est insuffisant en raison de l'insaisissabilité de la résidence principale.

L'objectif de la renonciation est donc d'éviter que l'insaisissabilité produise une forme d'effet épouvantail à l'égard du créancier, spécialement dans l'hypothèse où l'entrepreneur a peu d'actifs dans son patrimoine. La renonciation pourrait notamment être acceptée lors de la conclusion d'un contrat de cautionnement au bénéfice du créancier. Cette renonciation permet l'appréhension de la résidence principale par le créancier qui en bénéficie.

Le comité juridique considère que la renonciation doit ainsi être étendue dans les mêmes termes pour l'insaisissabilité de la résidence principale du dirigeant.

En définitive, l'insaisissabilité de la résidence principale du dirigeant serait opposable **aux seuls créanciers professionnels postérieurs non bénéficiaires d'une renonciation**.

B- L'impact d'une procédure collective à l'égard de la société

- Pour l'entrepreneur individuel, la question de l'articulation entre l'insaisissabilité et procédures collectives a donné lieu à un contentieux important. Ceci s'explique par le silence du législateur qui a contraint les juridictions à construire pas à pas le régime de l'insaisissabilité en présence d'une procédure collective. La question centrale est celle de l'opposabilité de l'insaisissabilité : plus concrètement, l'insaisissabilité empêche-t-elle la réalisation de l'immeuble lorsque s'ouvre une procédure collective ? A cette question, qui n'est résolue ni dans le Livre V ni dans le Livre VI du Code de commerce, la jurisprudence apporte une réponse nuancée. En effet, **cette question se complique par le fait qu'en pratique l'insaisissabilité n'est pas opposable à tous les créanciers**. Il s'agit alors principalement de savoir si l'insaisissabilité empêche la réalisation de l'immeuble par le liquidateur mais également par les créanciers. L'analyse de la jurisprudence révèle alors que la réalisation ne peut être mise en œuvre par le liquidateur mais peut l'être à l'initiative des

créanciers à qui l'insaisissabilité n'est pas opposable, à l'instar notamment des créanciers personnels ou bénéficiaires d'une renonciation.

- Le comité observe que les questions vont se poser dans les mêmes termes pour l'insaisissabilité de la résidence principale du dirigeant si celle-ci devait être consacrée par le législateur.

Pour des raisons de prévisibilité des solutions applicables et donc de sécurité juridique, nous préconisons l'application des mêmes solutions. Limiter plus encore l'opposabilité de l'insaisissabilité (à la liquidation judiciaire par exemple) présenterait l'inconvénient de créer un régime spécifique peu prévisible. Par ailleurs, limiter l'opposabilité de l'insaisissabilité de la résidence principale à la liquidation judiciaire de la société risquerait d'encourager le dirigeant à laisser se dégrader la situation de la société pour préserver sa résidence.

Proposition de rédaction :

Article L. 526-1 du Code de commerce

Par dérogation aux articles [2284](#) et [2285](#) du code civil, les droits d'une personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante 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 la personne. Lorsque la résidence principale est utilisée en partie pour un usage professionnel, la partie non utilisée pour un usage professionnel est de droit insaisissable, sans qu'un état descriptif de division soit nécessaire. La domiciliation de la personne dans son local d'habitation en application de l'article [L. 123-10](#) du présent code ne fait pas obstacle à ce que ce local soit de droit insaisissable, sans qu'un état descriptif de division soit nécessaire.

Ajout d'un nouvel alinéa : Par dérogation aux articles [2284](#) et [2285](#) du code civil, **et sous réserve de la faculté de renonciation prévue à l'article L. 526-3 alinéa 3, les droits d'une personne physique dirigeant de droit d'une PME** sur sa résidence principale sont de droit insaisissables par les créanciers dont les droits naissent à l'occasion de l'activité professionnelle de la personne. Une PME est une entreprise qui ne dépasse par certains seuils fixés par décret*. L'insaisissabilité de la résidence principale ne s'applique pas aux dirigeants de sociétés cotées.

*(A déterminer*article 3 du Décret n°2008-1354 du 18 décembre ou article 2 du Décret n°2019-539 du 29 mai 2019 portant application de l'article 47 de la loi Pacte.).*

Par dérogation aux articles 2284 et 2285 du code civil, une personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante peut déclarer insaisissables ses droits sur tout bien foncier, bâti ou non bâti, qu'elle n'a pas affecté à son usage professionnel. Cette déclaration, publiée au fichier immobilier ou, dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, au livre foncier, n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers dont les droits naissent, après sa publication, à l'occasion de l'activité professionnelle du déclarant. Lorsque le bien foncier n'est pas utilisé en totalité pour un usage professionnel, la partie non affectée à un usage professionnel ne peut faire l'objet de la déclaration qu'à la condition d'être désignée dans un état descriptif de division.

L'insaisissabilité mentionnée aux deux (trois) premiers alinéas du présent article n'est pas opposable à l'administration fiscale lorsque celle-ci relève, à l'encontre de la personne, soit des manœuvres frauduleuses, soit l'inobservation grave et répétée de ses obligations fiscales, au sens de l'article [1729](#) du code général des impôts.