L'apport du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel

LETTRE CREDA-SOCIÉTÉS
n° 2022-09 du 29 juin 2022

La loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante généralise une technique juridique de cession de l'entreprise, déjà connue dans le statut de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL), à savoir la transmission du patrimoine professionnel. La fréquence des mises en société de l'entreprise individuelle invite donc à s'interroger sur les modalités et l'opportunité du recours à l'apport du patrimoine professionnel.

Le nouveau statut de l'entrepreneur individuel

Depuis le 15 mai 2022, tous les entrepreneurs individuels, indépendamment de la nature de leur activité professionnelle, relèvent de plein droit du nouveau statut de l'entrepreneur individuel. Dorénavant, tout entrepreneur est doté de deux patrimoines distincts : le patrimoine professionnel, dans lequel sont compris « *les biens, droits, obligations et sûretés dont il est titulaire et qui sont utiles à son activité ou à ses activités professionnelles indépendantes* », et le patrimoine personnel, constitué des éléments non-compris dans le patrimoine professionnel (C. com., art. L. 526-22). Par décret, le gouvernement est venu préciser que les éléments utiles à l'activité professionnelle devaient s'entendre « *de ceux qui, par nature, par destination ou en fonction de leur objet, servent à cette activité* » (C. com., art. R. 526-26).

L'un des intérêts de ce dédoublement patrimonial réside dans le cantonnement du droit de gage des créanciers de l'entrepreneur. En effet, leur droit de gage est limité à l'un ou à l'autre des patrimoines : aux créanciers professionnels, le patrimoine professionnel ; aux créanciers personnels, le patrimoine personnel. Toutefois, si le patrimoine personnel est insuffisant, le droit de gage général des créanciers personnels « *peut s'exercer sur le patrimoine professionnel, dans la limite du montant du bénéfice réalisé lors du dernier exercice clos* » (C. com., art. L 526-22).

La notion de transmission du patrimoine professionnel

La consécration du patrimoine professionnel confère donc à l'entreprise individuelle la nature d'une universalité de droit, laquelle peut être transmise comme un tout, comme un bien meuble incorporel (C. com., art. L. 526-27). Tout du moins, il s'agissait de l'ambition initiale des auteurs du projet de loi. A suivre l'exposé des motifs, la transmission devait présenter un caractère universel. On était donc censé pallier les inconvénients de la transmission du fonds de commerce, laquelle ne comprend ni les biens immobiliers, ni certains contrats, ni les créances et ni les dettes, ce qui suppose de transmettre séparément chacun de ces éléments.

De la sorte la transmission universelle de l'entreprise individuelle devait permettre de « *fluidifier le passage de l'exercice d'une activité en nom propre à une société* ».

Cependant, les sénateurs ont modifié les règles de la transmission du patrimoine professionnel en atténuant son caractère universel. À suivre les motifs de l'amendement sénatorial, « *le modèle de la dissolution-confusion est inadapté à une situation où le titulaire précédent du patrimoine ne disparaît pas. Il est, par exemple, inconcevable que le transfert puisse être opposable aux débiteurs de l'entrepreneur sans leur avoir été notifié* ». Les sénateurs ont ainsi introduit une dose de « en même temps » : la transmission du patrimoine est traitée comme un tout, mais « en même temps » on tient compte de chaque élément du patrimoine. Le troisième alinéa de l'article L. 526-27 du Code de commerce exprime parfaitement cette idée : « *sous réserve de la présente section, les dispositions légales relatives à la vente, à la donation ou à l'apport en société de biens de toute nature sont applicables, selon le cas. Il en est de même des dispositions légales relatives à la cession de créances, de dettes et de contrats* ». Autrement dit, sous réserve des dispositions légales traitant la transmission comme un tout – il s'agit notamment des règles de publicité et du droit d'opposition des tiers –, il faut appliquer les règles de transmission spécifiques à chaque élément. Il en résulte alors un régime complexe – voire incompréhensible – que l'on peut illustrer à travers le régime de l'apport en société.

Régime de l'apport en société du patrimoine professionnel

▪ Règles applicables à l'ensemble

Validité du transfert. L'article L. 526-30 du Code de commerce énonce trois conditions de validité pour l'apport en société du patrimoine professionnel. En premier lieu, le transfert doit porter sur l'intégralité du patrimoine professionnel. Mises à part les dettes de cotisations et de contributions sociales qui en sont exclues (C. com., art. D. 526-32), le transfert doit nécessairement porter sur

l'intégralité du patrimoine professionnel. Lorsque l'entrepreneur individuel exerce plusieurs activités professionnelles indépendantes, il n'est donc pas possible de recourir à la technique de la transmission universelle pour céder une des activités. En second lieu, en cas d'apport à une société nouvellement créée, « *l'actif disponible du patrimoine professionnel doit permettre de faire face au passif exigible sur ce même patrimoine* ». En dernier lieu, « *ni l'auteur, ni le bénéficiaire du transfert ne doivent avoir été frappés de faillite personnelle ou d'une peine d'interdiction prévue à l'article L. 653-8 du présent code ou à l'article 131-27 du code pénal, par une décision devenue définitive* ».

Publicité du transfert. L'entrepreneur doit procéder à la publication du transfert (C. com., art. L. 526-27, al. 5), dans un délai d'un mois à compter de sa réalisation, sous forme d'avis au BODACC. A compter de cette publication, le transfert devient opposable aux tiers.

Droit d'opposition des créanciers. Dans un délai d'un mois à compter de la publication, les créanciers de l'entrepreneur peuvent former opposition au transfert du patrimoine (C. com., art. L. 526-28). L'expression « *opposition au transfert* » est maladroite, car l'opposition permet uniquement au créancier d'obtenir le remboursement de sa créance par le cédant ou la constitution de garantie par le cessionnaire, sans empêcher le transfert. Le texte précise d'ailleurs que, lorsque le cédant est tenu de rembourser la créance, il est également tenu sur son patrimoine personnel, mais bénéficie toujours des règles relatives à l'insaisissabilité des biens immobiliers non professionnels.

- **Règles applicables aux éléments transmis**

Régimes matrimoniaux. Lorsque l'entrepreneur est marié sous le régime de la communauté légale, sans préjudice des règles spécifiques à l'apport en société (C. civ., art. 1832-2), il est tenu de respecter les règles de pouvoir applicables aux biens communs compris dans le patrimoine professionnel. A titre d'illustration, le fonds de commerce ne peut être apporté qu'avec l'accord du conjoint (C. civ., art. 1424).

Fonds de commerce. A l'exception des articles L. 141-12 à L. 141-22 du Code de commerce, relatifs à la publicité et au droit d'opposition des créanciers, les règles relatives à la cession du fonds de commerce sont applicables. Aucune clause ne peut interdire le transfert du droit au bail en cas de transmission du patrimoine professionnel (C. com., art. L. 145-16).

Immeubles. La transmission des immeubles est soumise au régime de l'apport d'un bien immobilier, ce qui implique le recours à la forme notariée en vue de l'accomplissement des formalités de publicité foncière. Par ailleurs, le caractère universel du transfert n'empêche pas l'application des droits de préemption sur l'immeuble.

Régimes des cessions de contrats, créances et dettes. Le troisième alinéa de l'article L. 526-27 prévoit l'application des règles relatives à la cession de créances, de dettes et de contrats, mais « sous réserve de la présente section ». La question essentielle qui se pose alors est de savoir si la cession de dette ou de contrat nécessite l'accord du créancier ou du cocontractant. Il serait tentant de répondre par la négative. En effet, pour prendre l'exemple de la cession de dette, le deuxième alinéa de l'article L. 526-28, énonçant que « *l'opposition formée par un créancier n'a pas pour effet d'interdire le transfert du patrimoine* », combiné à l'article L. 526-30, imposant le transfert de l'intégralité des éléments du patrimoine, permet d'écarter l'exigence d'accord du créancier. Le régime de ces cessions devra donc s'appliquer en dehors des règles relatives à l'accord du cédé.

Évaluations des apports. « *Sous réserve des articles L. 223-9, L. 225-8-1 et L. 227-1, lorsque le patrimoine professionnel apporté en société contient des biens constitutifs d'un apport en nature, il est fait recours à un commissaire aux apports* » (C. com., art. L. 526-31). A nouveau, la rédaction du texte est maladroite et deux interprétations sont possibles. Soit ce texte étend le recours à un commissaire aux apports dans toutes les formes sociales en cas d'apport d'un patrimoine professionnel. Et dans ce cas, on peut reprocher au texte de n'offrir aucun cadre juridique à cette évaluation. Soit ce texte se contente de rappeler qu'un commissaire aux apports doit être désigné dans les SARL, SA, SCA et SAS, et il est alors parfaitement inutile. Relevons, en outre, que, dans le cas d'une EURL, la mise en société de l'entreprise individuelle ne nécessite plus le recours à un commissaire aux apports depuis la loi Sapin 2 (C. com., art. L. 223-9, al. 3).

Gauthier Le Noach
Maître de conférences à l'Université Paris Nanterre