

INSAISSABILITÉ

Protéger son patrimoine en étudiant la variété des solutions

► **L'EIRL et la fiducie sont promues au rang des incontournables de l'organisation patrimoniale des dirigeants au même titre que les dispositifs traditionnels tels que l'assurance vie ou la création d'une société civile ou commerciale**

► **Dans le cadre d'une gestion optimisée, l'objectif à terme est de mettre en place l'insaisissabilité d'une partie des actifs d'un investisseur en prenant soin d'éviter les travers d'une insolvabilité organisée pénalement répréhensible**

Pour tout investisseur, la volonté d'entreprendre est souvent fortement contrariée par la crainte d'une saisie des biens personnels en cas de faillite du projet. Conscient de cette difficulté, le gouvernement a récemment créé le dispositif de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL) grâce auquel un entrepreneur sera en mesure d'affecter une partie de son patrimoine, séparée de ses actifs privés, en garantie des créances professionnelles, sans création d'une personnalité morale (*L'Agefi Actifs n° 434, p. 4*). A terme, les artisans, les commerçants, les professions libérales et les exploitants agricoles profiteront d'un niveau de protection identique à celui des gérants de société.

Cette évolution représente une véritable révolution dans l'ordre juridique interne marqué par le principe de l'unicité du patrimoine. Reste que les modalités de mise en œuvre de l'EIRL, dont le principe a été adopté en première lecture par les députés le 17 février dernier, doivent encore être examinées par le Sénat au début du mois d'avril.

Déjà, le bien-fondé de la création d'EIRL suscite la réaction des praticiens. Parmi eux, certains considèrent qu'elle s'inscrit dans la démarche, poursuivie depuis des années par le législateur, visant à protéger l'entrepreneur défaillant en lieu et place de ses créanciers. « *L'application du droit des procédures collectives suffit, en lui-même, à limiter leurs droits*, estime Sophie Laurence Roy-Clémandot, avocat associé du cabinet RCS & Associés. *Généralement, les magistrats prennent en compte l'incidence de leur jugement sur la pérennité du tissu économique, c'est la raison pour laquelle le débiteur peut apparaître en position de force. Un remboursement partiel de la dette sur deux ans peut lui être proposé, tout comme un apurement sur dix ans, étant précisé qu'aucune répartition annuelle n'est codifiée.* »

Substitution à la déclaration d'insaisissabilité. A terme, l'EIRL, dont l'entrée en vigueur est fixée au 1^{er} janvier 2011, devrait se substituer au régime de la déclaration d'insaisissabilité. Ce changement est d'autant bienvenu que cette déclaration, introduite par la loi LME (1) et destinée à la protection de la résidence principale et de l'ensemble des biens immobiliers des dirigeants, est loin d'être satisfaisante. Les garanties dont peuvent se prévaloir ces investisseurs apparaissent bien incomplètes, les dirigeants de sociétés et les créances mixtes ou personnelles en étant exclues par exemple. Autre limite, l'insaisissabilité prend fin à l'occasion du décès du propriétaire ou de la vente du bien. Enfin, dans la mesure où les créanciers demandent régulièrement la caution d'un tiers ou la levée à leur profit de cette mesure de protection, sa portée doit être mesurée.

Régler le problème des garanties. La mise en sûreté du patrimoine privé des dirigeants d'entreprise ne les décharge pas du règlement des problèmes de garanties, dont une insuffisance en fonds propres peut être à l'origine. Sur ce point, le nouveau régime de l'EIRL suscite quelques interrogations : « *Si le patrimoine affecté limite le gage des créanciers, il n'interdit pas à un prêteur, une banque, de demander des garanties sur les biens personnels* », relevait un parlementaire à l'occasion des débats portant sur le projet de loi. Depuis, des travaux ont été menés à l'Assemblée pour recourir à des organismes de cautionnement mutuels en charge d'assurer les banques dans leur ouverture de comptes et de leur permettre d'autoriser des facilités de caisses. « *Nécessairement, le recours à des garanties extérieures, de type Oseo, devrait se renforcer avec l'utilisation de cautionnements solidaires notamment* », note Hugues Letellier, avocat associé chez Hohl.

Par ailleurs, afin d'éviter que les entrepreneurs se mettent en faillite personnelle tout en ayant une activité professionnelle florissante, le projet de loi prévoit qu'en cas d'insuffisance du patrimoine non affecté, le droit de gage général des créanciers peut s'exercer sur le bénéfice réalisé par l'entrepreneur à responsabilité limitée lors du dernier exercice clos.

Perméabilité des patrimoines. En dépit des réserves adressées au projet d'EIRL, force est de constater que le recours à ce régime pourrait s'avérer davantage pertinent que certains dispositifs préexistants, à l'image de la fiducie (*L'Agefi Actifs n° 420, p. 7*). En effet, cet autre dispositif destiné à permettre au chef d'entreprise de mettre en sûreté ses actifs personnels n'a pas complètement atteint ses objectifs, malgré l'extension de la qualité de fiduciaire aux personnes physiques.

Pour mémoire, le montage permet à un constituant de transférer des biens, des droits ou des sûretés à ce fiduciaire à des fins de gestion pour le compte d'un bénéficiaire, ou à des fins de garantie au profit d'un créancier. Le transfert de propriété du patrimoine du constituant vers la masse fiduciaire protège les actifs des créanciers du constituant et des créanciers personnels du fiduciaire. Il n'existe pas pour autant une étanchéité absolue entre les patrimoines car les créanciers de la masse fiduciaire ont un droit de poursuite sur le patrimoine du constituant en cas d'insuffisance d'actifs du patrimoine fiduciaire. Ces créanciers peuvent néanmoins accepter de limiter leur droit d'action contre le seul patrimoine fiduciaire, ou encore, le fiduciaire peut accepter un droit de recours subsidiaire de leur part contre son patrimoine propre.

A terme, l'EIRL, dont l'entrée en vigueur est fixée au 1^{er} janvier 2011, devrait se substituer au régime de la déclaration d'insaisissabilité

Dans le cadre d'une stratégie patrimoniale internationale, un réflexe peut aussi consister à envisager la création d'un trust à l'étranger, plus souple que les fiducies gestion et les fiducies sûretés françaises. L'acte de constitution du trust, le « *trust-deed* » signé entre le « *settlor* » et le « *trustee* » au profit de « *bénéficiaires* », a pour objectif de fixer l'organisation et la gestion du trust en qualifiant cette relation de révocable ou non. Dans le cadre d'un trust révocable, le « *settlor* » se réserve la possibilité de revenir sur le transfert de propriété. A *contrario*, l'irrévocabilité le prive de la faculté de retour sur les termes du transfert des actifs mis en trust et il est dépossédé de ses biens.

Certains experts regrettent pourtant le déficit d'image de ce montage en France (2). S'il est connu des praticiens et utilisé, force est de constater que « *l'absence de considérations du législateur et de l'administration fiscale française a considérablement porté préjudice au développement de cet instrument* », note l'avocat François Tripet. En témoignent les rares dispositions du Code général des impôts visant spécifiquement les trusts, à l'instar de l'article 120-9, l'article 238 bis OI ou l'article 123 bis.

Maîtrise des incontournables. Face à des dispositifs dont la portée est encore méconnue ou mal maîtrisée, les dirigeants ou les professions libérales peuvent recourir à des montages plus traditionnels offrant des garanties en matière d'insaisissabilité, à commencer par exemple par la tontine et l'assurance vie.

Un pacte tontinier permet ainsi de rendre insaisissable les biens immobiliers par l'insertion dans l'acte d'achat d'une clause au sein de laquelle les acquéreurs conviennent que l'opération

« sera réputée faite pour le compte du seul survivant d'entre eux, dès le jour de l'acquisition, à l'exclusion des prémourants qui sont rétroactivement censés n'avoir jamais été propriétaires ». Cette clause est rétroactive de telle sorte que l'on ne sait pas à qui appartient le bien, qui devient de fait insaisissable. Cette insaisissabilité n'est valable qu'en présence d'un aléa. Ainsi, la grande différence d'âge des tontiniers ou l'état de santé de l'un deux peut remettre en cause le caractère aléatoire de la tontine.

Pour la plupart des praticiens, la transmission de la résidence principale dans une société civile immobilière demeure « la plus classique des mesures de protection »

Au même titre, les fonds placés dans un contrat d'assurance vie sont insaisissables au regard des articles L.132-12 et L.132-14 du Code des assurances. La jurisprudence (2) l'a affirmé à de nombreuses reprises, tant que le contrat n'est pas dénoué ou que la faculté de rachat n'est pas exercée, la saisie ne peut avoir aucun effet. Depuis, les tentatives des créanciers et de l'administration pour rendre saisissables ces contrats en les requalifiant en de simples contrats d'épargne n'ont pas abouti.

Des mesures de protection classiques. Pour la plupart des praticiens, la transmission de la résidence principale dans une société civile immobilière demeure « la plus classique des mesures de protection », tant pour un entrepreneur individuel que pour les dirigeants de sociétés commerciales. En effet, l'apport en propriété vaut transfert à la société du droit de propriété de l'apporteur sur le bien. Pour éviter que ce transfert nuise aux droits des créanciers de l'apporteur, ces derniers disposent, outre l'action paulienne (3), de moyens de droit commun. Ils peuvent obtenir la réintégration de l'apport dans le patrimoine de l'apporteur par la voie de l'action oblique (3). L'apport peut également faire l'objet d'une déclaration de fictivité ou d'une annulation après cessation des paiements de l'apporteur.

En fait, il est plutôt question d'utiliser cette stratégie pour dissuader les créanciers d'agir à l'encontre de la société, « car ils vont devoir s'armer de patience pour appréhender ces biens en raison des barrières procédurales qu'induit la constitution d'une SCI », justifie un expert. Par la suite, si ce créancier est en droit d'exiger le règlement des dettes par la cession des parts de la SCI, une

clause d'agrément peut très bien être insérée dans les statuts afin de soumettre l'éventualité d'une cession de parts à l'accord des associés. Mais l'investisseur qui constitue un dossier de financement « risque de perdre tout crédit vis-à-vis des établissements financiers s'il a multiplié des démarches pouvant aboutir à la mise en place de son insolvabilité », conclut l'expert.

Donation. La donation représente un autre manière de rendre insaisissable un bien sous réserve que celle-ci soit effective dans des faits, en ce sens que les créanciers pourront toujours exercer une action paulienne ou en simulation s'ils estiment que la donation a été faite en fraude à leurs droits. Selon Sophie Laurence Roy-Clémendot, « le créancier doit prouver la mauvaise foi du débiteur au moment où il a fait la donation. Cette preuve est difficile à apporter d'autant plus que les tribunaux considèrent que lorsque la donation a été faite pour alléger la fiscalité de la transmission du patrimoine, c'est la preuve a contrario que le débiteur n'est pas de mauvaise foi et n'a pas voulu tromper le créancier ». En revanche, lorsque le transfert en nue-propriété d'un bien immobilier aux enfants laisse aux parents des prérogatives de gestion et la disposition sur la propriété du bien, la donation peut être remise en cause et le bien devient saisissable.

Si l'ensemble des biens du débiteur est censé répondre à l'ensemble de ses dettes, rien ne lui interdit d'organiser l'insaisissabilité d'une partie de son patrimoine. Il n'est pas rare que les créanciers se retrouvent confrontés à des difficultés tenant au statut particulier de biens détenus en indivision où à la situation familiale du débiteur. A ce titre, un bien acquis entre époux ne peut pas être saisi dans les mêmes conditions qu'un bien appartenant à des partenaires ou à des concubins. Afin d'assurer la viabilité du transfert de propriété, l'apporteur doit veiller à ne pas franchir la limite entre l'insolvabilité subie et l'insolvabilité organisée. ■ NICOLAS DUCROS ET ANNE SIMONET

(1) Loi n° 2008-776 du 4 août 2008.

(2) Cass, Ch. mixte, 23 novembre 2004, n°01-13.592 ; Cass, 1^{ère} civ, 2 juillet 2002, n°99-14.819.

(3) L'action oblique est définie à l'article 1166 du Code civil comme l'action en nullité exercée par les créanciers eux-mêmes en lieu et place de l'apporteur disposant de la possibilité de recouvrer son bien en invoquant la nullité de la société mais qui s'abstient d'agir. L'action paulienne, fixée par l'article 1167, consiste pour les créanciers à saisir directement le bien apporté entre les mains de la société lorsqu'un apport est réalisé uniquement dans le dessein de le soustraire à leurs poursuites.

De l'entreprise unipersonnelle à l'entreprise individuelle à responsabilité limitée

Les limites de l'EURL

Faible développement de la taille de ces structures.

Les prêteurs peuvent exiger que l'associé se porte personnellement caution en raison de l'insuffisance des fonds propres.

Pas d'étanchéité entre le patrimoine mis en EURL et le patrimoine personnel de l'entrepreneur et de son conjoint. Une imposition commune est prévue.

Les avantages de l'EURL

Au terme de l'article L.526-6 du Code de commerce, l'entrepreneur déclare les biens qui sont saisissables.

Combinaison avec la fiducie et l'assurance vie qui protègent l'investisseur de tous les créanciers et pas seulement des créanciers professionnels.

L'héritier peut reprendre la déclaration d'affectation dans un délai de 6 mois à compter du décès. Dans la fiducie, la garantie s'achève avec le décès du constituant et les créanciers ont la faculté de saisir les biens qui réintègrent la succession.

Source : Hugues Letellier, avocat associé, Hohl

RÉMI DHONNEUR, AVOCAT ASSOCIÉ, ET VINCENT LAZIMI, AVOCAT, CABINET KRAMER LEVIN NAFTALIS & FRANKEL LLP



Nous privilégions la constitution de trusts qui ont une vocation de dessaisissement patrimonial mais également un intérêt sur le plan fiscal

L'Agefi Actifs. - Comment appréhendez-vous la problématique de l'insaisissabilité du patrimoine d'un dirigeant ?

Rémi Dhonneur. - Généralement, nous réglons cette difficulté en prenant soin de protéger la résidence principale comme la loi nous y autorise et en constituant le cas échéant une société civile immobilière. En outre, nous sélectionnons le régime matrimonial adéquat qui permettra à ce chef d'entreprise d'isoler une partie de son patrimoine. Dans d'autres circonstances, la protection de certains biens peut être assurée par la réalisation d'une donation assortie d'une clause de retour sous réserve naturellement des cas de fraude aux droits des créanciers. Nous considérons en revanche qu'il demeure dangereux d'envisager un dessaisissement définitif. A ce titre, le recours au contrat d'assurance vie doit ainsi

être envisagé avec prudence, même s'il réserve un droit de rachat au souscripteur.

Les contrats d'assurance vie luxembourgeois, en ce qu'ils permettent aux investisseurs d'isoler des titres de sociétés non cotées, représentent-ils un intérêt particulier ?

- En effet, le détenteur d'une société immobilière pourrait très bien envisager de loger l'ensemble de ses titres sur un contrat luxembourgeois avant de procéder au rachat de ce contrat. Mais cette hypothèse n'est pas dénuée d'inconvénients : d'une part, pour éviter la requalification du contrat, c'est à la compagnie d'assurances que revient le pouvoir de gestion de ces titres. D'autre part, à l'occasion du rachat, l'origine des fonds doit être justifiée, conformément à la réglementation Tracfin.

Un dispositif retient-il plus particulièrement votre attention ?

- Nous privilégions la constitution de trusts qui ont une vocation de dessaisissement patrimonial mais également un intérêt sur le plan fiscal. Cette constitution assure une véritable dépossession au profit du trustee et permet, contrairement à la fiducie, d'envisager une transmission à titre gratuit des actifs du trust aux enfants et petits-enfants. Le trust offre davantage de souplesse même si la notion de patrimoine d'affectation a été reconnue en droit français dans le cadre de la fiducie. **Vincent Lazimi.** - En complément, une donation temporaire d'usufruit à une association reconnue d'utilité publique peut très bien être envisagée. La dépossession est une technique qui peut également dans ce cas être utilisée pour réduire son ISF dès lors qu'en présence



RÉMI DHONNEUR

VINCENT LAZIMI

d'un démembrement de propriété, seul l'usufruitier est imposable.

L'action paulienne est-elle la principale limite au principe du dessaisissement ?

V.L. - Quel que soit l'instrument utilisé, le redevable faisant l'objet d'une procédure de redressement ou l'investisseur qui agit en fraude du droit des créanciers ne peut pas opposer valablement l'insaisissabilité de son patrimoine. Les créanciers peuvent dès lors engager une action paulienne à l'encontre du débiteur au motif qu'un dessaisissement a été effectué en fraude de leurs droits. En dernier lieu, il convient de garder à l'esprit que toute insolvabilité provoquée ou organisée est pénalement répréhensible.