

Le nouveau statut de l'entrepreneur du droit OHADA : une réforme inachevée?

Roger Gnidouba LANOU

Table des matières

Introduction

1. Une formalisation de l'exercice d'activités informelles promise à la réussite

1.1. La simplification du formalisme d'accès : de l'immatriculation à la déclaration

1.1.1. La déclaration d'activité de l'entrepreneur

1.1.2. L'analyse critique de la déclaration simplifiée

1.2. Le double élargissement du champ personnel et du champ matériel de la commercialité

1.2.1. Du commerçant au professionnel indépendant

1.2.2. Des activités commerciales aux activités économiques

2. Une sécurisation juridique insuffisante de l'exercice d'activités économiques

2.1. La déconstruction déjà entamée en droit fiscal par la théorie du bilan

2.2. La déconstruction souhaitée en droit commercial par la théorie du patrimoine affecté

2.2.1. De l'affectation négative du patrimoine par la déclaration d'insaisissabilité des biens de l'auto-entrepreneur

2.2.2. De l'affectation positive du patrimoine par la reconnaissance d'un patrimoine d'affectation

Conclusion

Résumé

Par sa révision intervenue le 15 décembre 2010, l'AUDCG s'est enrichi d'un nouveau véhicule juridique : celui de l'entrepreneur. Ce nouveau statut formalise l'exercice d'activités informelles par les professionnels indépendants et élargit le champ de la commercialité du droit OHADA. En effet, tout en simplifiant le formalisme d'accès au statut de l'entrepreneur par rapport à celui du commerçant (de l'immatriculation à la déclaration), il permet, sous ce nouveau statut, l'exercice d'activités professionnelles civiles, artisanales et agricoles.

Bien que promis au succès, le nouveau statut de l'entrepreneur peut, à certains égards, être perçu comme une réforme inachevée, notamment du point de vue de la sécurité juridique, dès lors que l'on le contemple à l'aune du statut de l'auto-entrepreneur du droit français qui semble l'avoir fortement inspiré. L'auto-entrepreneur a la faculté de procéder à une déclaration d'insaisissabilité de certains biens de son patrimoine, ce que ne peut pas l'entrepreneur du droit OHADA. Au-delà de la théorie du bilan (que l'on peut formuler en partant du système comptable minimal de trésorerie que l'entrepreneur a l'obligation de tenir), ne faut-il pas appeler de ses vœux un droit économique (et non pas seulement commercial) moderne dans lequel l'entrepreneur se verrait reconnaître le droit constituer un patrimoine affecté à côté de son patrimoine privé ?

Enseignant-chercheur, UFR Sciences juridiques et politiques, Université Ouaga II, Burkina Faso

Introduction

À la faveur de la révision du 15 décembre 2010, à Lomé au Togo, de l'*Acte uniforme portant sur le droit commercial général* (AUDCG), initialement adopté le 17 avril 1997 à Cotonou au Bénin, l'entrepreneur faisait une entrée remarquée dans le champ nouvellement précisé mais également élargi de ce droit. Cette nouvelle catégorie juridique, objet du Titre II du Livre I de l'AUDCG, créée en marge du statut du commerçant, est apparue aux yeux de la doctrine comme une innovation majeure inspirée principalement du droit français. En effet, pour ces auteurs, le statut¹ de l'entrepreneur du droit OHADA est apparenté à celui de l'auto-entrepreneur du droit français; ce dernier visant à formaliser l'exercice de petites activités commerciales, artisanales ou libérales, de manière indépendante, soit à titre principal, soit à titre complémentaire². Ainsi perçu, le statut de l'entrepreneur du droit OHADA peut être alors défini comme un statut à régime spécial créé afin d'être appliqué aux entrepreneurs individuels, qui exercent, de manière indépendante, de petites activités professionnelles. Ces particularités pourraient se résumer en la

¹ Le terme statut «s'emploie en droit (1765) à propos de l'ensemble des lois qui concernent l'état et la capacité d'une personne (statut personnel), les biens individuels (statut réel) », Alain REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2012, s.v. « Statut ». Le terme statut désigne également un « ensemble cohérent des règles applicables à une catégorie de personnes (statut des gens mariés) ou d'agents (statut des fonctionnaires) ou à une institution et qui en déterminent pour l'essentiel la condition et le régime juridique », selon Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2011, 9^{ème} éd. V° Statut.

² Voir *Loi française n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie*, publiée au Journal Officiel de la République Française du 5 août 2008.

simplification considérable du formalisme d'accès au statut de professionnel, d'une part, et en l'allègement des contraintes comptables, et éventuellement fiscales et sociales de l'exercice de ces activités professionnelles, d'autre part. Cette double simplification se justifie par des considérations d'ordre téléologique qui ont sans doute guidé la formulation du nouveau droit commercial général OHADA, et qui ont pour but de lui assurer une attractivité réelle en raison de son adaptation aux besoins et particularismes des tissus économiques des États membres de l'OHADA dominés par de petites et fourmillantes entités économiques informelles.

Il semble donc évident que les principaux objectifs visés par l'introduction du nouveau statut sont d'abord économiques. Il s'agit de faciliter la création d'entreprises individuelles et d'inciter les entrepreneurs individuels du secteur informel à un minimum de formalisation. Il est aussi évident que les moyens d'accompagnement envisagés par le législateur OHADA pour y arriver sont fiscaux et sociaux : l'allègement des charges de cette nature par des mesures incitatives que pourrait adopter chaque État partie. Malheureusement, les enjeux juridiques semblent avoir été quelque peu ignorés, peut-être volontairement, par le législateur OHADA. En effet, la simplification des conditions et du formalisme d'accès au nouveau statut de l'entrepreneur, d'une part, et les incitations fiscales et sociales escomptées des législateurs nationaux, d'autre part, n'ont pas été renforcées, comme l'on pouvait légitimement s'y attendre, par une protection juridique suffisante, au plan du droit civil, du patrimoine de l'entrepreneur et de celui de sa famille. En effet, à l'instar de l'auto-entrepreneur du droit français, l'entrepreneur du droit

OHADA aurait pu (ou dû) bénéficier d'une protection juridique efficace dans l'exercice de sa profession.

En droit comparé, la volonté du législateur français de créer des moyens de protection juridique du patrimoine de l'artisan, du petit commerçant ou du libéral des poursuites des créanciers l'a conduit à mettre en place, de façon progressive, un certain nombre de dispositifs comme la fiducie, la déclaration d'insaisissabilité ou la création d'un patrimoine d'affectation. A l'analyse, le législateur français a, dans un premier temps, agi sur le régime des biens, puis, sur le régime juridique du patrimoine et, enfin, sur la personnalité même. En examinant attentivement cette démarche du législateur français, il n'est pas absurde d'y déceler une constante volonté de remettre en cause le « dogme [...], en l'occurrence bi-séculaire, de l'unicité du patrimoine pour les entrepreneurs individuels »³.

Il est vrai que l'entrepreneur du nouveau droit commercial général OHADA est juridiquement soumis à une obligation de tenue d'une comptabilité de trésorerie ; cette dernière consistant en la conservation d'un état des recettes et des dépenses à partir duquel est dégagé le résultat de l'exercice. Il est aussi vrai que ce système de comptabilité de trésorerie imposant une certaine « étanchéité » entre les actifs affectés et les revenus générés par l'activité professionnelle et ceux des autres activités de l'entrepreneur, il ne pourrait être totalement exclu d'y voir l'appendice d'un patrimoine professionnel. En effet, selon le dispositif actuel, l'entrepreneur ne peut en principe pas imputer à son activité

déclarée des charges non directement exposées pour cette activité, de même qu'il ne peut inclure dans ses recettes des revenus provenant d'autres activités. Mais cela n'est pas une nouveauté, cette séparation comptable et fiscale du patrimoine de l'entreprise individuelle est déjà suffisamment connue dans les droits nationaux des Etats membres de l'OHADA sans qu'une conclusion conséquente puisse en être tirée au plan du droit civil. Les techniques de cantonnement du patrimoine dont l'absence est ici signalée présentent des avantages. Elles permettraient aux entrepreneurs individuels soumis au droit commercial général OHADA d'isoler certains de leurs actifs et passifs et de les mettre à l'abri des risques professionnels, sans pour cela passer par le moyen juridique de la création d'une personne morale. Toutes choses qui auraient pour conséquence de stimuler l'activité entrepreneuriale, qui n'exposerait plus, au risque d'entreprendre, la totalité du patrimoine attaché à la personne de l'entrepreneur individuel, voire à sa famille, mais seulement une partie déterminée de ce patrimoine. Ainsi, l'entrepreneur qui connaîtrait des difficultés dans le cadre de l'exercice de son activité économique et qui devrait en subir les conséquences juridiques immédiates sur son patrimoine, cantonnerait les poursuites des créanciers professionnels à son seul patrimoine professionnel, les biens personnels et familiaux de l'entrepreneur, étant protégés. Ces techniques de cantonnement ont également des inconvénients. Elles peuvent être perçues comme portant un paradoxe. En effet, il est question, dans la création du statut de l'entrepreneur, d'inciter à la création et à la formalisation d'entreprises. Or, entreprendre, par définition, c'est prendre et assumer des risques, là où admettre les

³ François TERRE, « La personne et ses patrimoines ou l'EIRL », (2011) 1 *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* 1011 (n°2).

techniques de cantonnement du patrimoine ont pour objectif de les anéantir ou, à tout le moins, de les maîtriser. Cette contradiction n'est toutefois qu'apparente car il faut bien comprendre que ce n'est pas les risques courus par l'entrepreneur que le cantonnement juridique voudrait annihiler mais c'est la sécurité juridique et la dignité de la personne humaine qu'il voudrait assurer. De plus, il nous semble qu'au double plan psychologique et financier, il est beaucoup plus facile pour un entrepreneur individuel d'envisager le cantonnement de son patrimoine à des fins de protection de ses biens personnels que de s'engager dans un formalisme plus rigoureux et plus coûteux de création d'une personne morale pour un résultat similaire au plan de la protection juridique des biens personnels⁴.

Dans le nouveau droit commercial général OHADA, la reconnaissance d'un patrimoine affecté, contenu dans le patrimoine global de l'entrepreneur n'est pas actée. Au-delà de cette prometteuse simplification de l'accès à un statut professionnel d'entrepreneur individuel ayant un large spectre d'activités économiques (I), l'innovation additionnelle (ou véritable révolution juridique) que serait la reconnaissance d'un patrimoine affecté, aurait eu le mérite, malgré toutes les craintes qu'elle peut inspirer, de limiter considérablement le risque juridique d'entreprendre en le rendant raisonnable. Et cela serait l'un des meilleurs outils juridiques d'incitation des entrepreneurs informels à adopter ce nouveau statut professionnel plus protecteur et donc plus attractif (II).

⁴ Stéphane GORRIAS, Reinhard DAMMANN, « La protection du patrimoine du débiteur personne physique », (2010) 3 *Revue des procédures collectives*, entretien 2.

1. Une formalisation de l'exercice d'activités informelles promise à la réussite

La volonté du législateur OHADA, de mettre en adéquation son droit commercial général avec l'environnement des affaires dans la plupart des États parties au Traité OHADA s'est traduite par une ouverture à l'économie de l'informel. Cette ouverture s'est manifestée par l'inclusion, dans le domaine de la « commercialité générale », des activités civiles, artisanales ou agricoles pour autant qu'elles soient exercées de façon professionnelle sans générer au profit de la personne physique qui les exerce un chiffre d'affaires atteignant ou excédant les seuils fixés. Il y a donc un double mouvement d'élargissement et de simplification. D'un côté, simplification du formalisme d'accès au statut d'entrepreneur individuel par l'instauration d'une simple déclaration (1.1.) et de l'autre, élargissement du champ de la commercialité par une « professionnalisation » de l'exercice d'activités informelles (1.2.).

1.1. La simplification du formalisme d'accès : de l'immatriculation à la déclaration

L'entrepreneur du droit commercial général OHADA n'est pas assujéti à l'immatriculation au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier (RCCM). Il est soumis à une simple déclaration de son activité prévue à l'article 30, alinéa 6 de l'AUDCG (1.1.1.). Cette déclaration considérablement simplifiée par rapport à la l'immatriculation au RCCM du commerçant donne lieu à la délivrance à l'entrepreneur, dès le dépôt de sa déclaration, d'un numéro de déclaration

d'activité. Cette déclaration simplifiée, qui est à saluer car facilitant l'accès à un statut juridique de professionnel indépendant, peut toutefois faire l'objet de critique. Celle-ci porterait sur l'identité du registre devant recevoir l'immatriculation du commerçant et la déclaration de l'entrepreneur ce qui pourrait donner lieu à une perception erronée de la part des petits entrepreneurs individuels visés et saper l'attrait du dispositif (1.1.2.).

1.1.1. La déclaration d'activité de l'entrepreneur

Aux termes de l'article 30, alinéa 6 de l'AUDCG, l'entrepreneur n'est pas assujéti à l'immatriculation au RCCM, mais à une simple déclaration de son activité. Cette déclaration se fait toutefois au RCCM, selon les dispositions des articles 34, 2^{ème} tiret et 35, 2^o de l'AUDGC, et donne lieu à la délivrance à l'entrepreneur, dès le dépôt de sa déclaration, d'un numéro de déclaration d'activité. C'est également le RCCM qui reçoit les déclarations modificatives de l'entrepreneur et prend acte de sa déclaration de cessation d'activité.

Si l'AUDCG distingue bien l'immatriculation au RCCM, qui concerne les commerçants, personnes physiques et personnes morales ainsi que le groupement d'intérêt économique, de la déclaration d'activité de l'entrepreneur, il n'est pas totalement exclu que l'identité du registre appelé à recevoir ces deux formalités liées à des activités professionnelles laisse place à quelques confusions dans l'esprit des assujéttis les moins avertis. A ce sujet, il faut préciser que la déclaration d'activité est faite sur un formulaire mis à disposition par le greffe ou l'organe compétent de l'État partie, sauf le cas d'utilisation des moyens

électroniques. Ce formulaire dûment rempli est conservé par la structure concernée qui en contrepartie délivre immédiatement au déclarant un accusé d'enregistrement portant mention de la date, de la formalité accomplie et du numéro de déclaration d'activité (Art. 39 de l'AUDCG). Il faut préciser que la déclaration d'activité contient une déclaration sur l'honneur de l'entrepreneur qu'il n'est frappé d'aucune interdiction d'exercer le commerce s'il est commerçant et, s'il n'est pas commerçant, qu'il n'a fait l'objet d'aucune condamnation définitive à une peine privative de liberté pour un crime de droit commun, à une peine d'au moins trois mois d'emprisonnement non assortie de sursis pour un délit contre les biens, ou une infraction en matière économique ou financière.

La déclaration d'activité confère à la personne physique qui y souscrit la qualité d'entrepreneur. Cette qualité est en effet présumée de façon irréfragable car l'article 65 de l'AUDCG n'admet pas la preuve contraire comme cela est permis par l'article 59 pour la présomption de la qualité de commerçant pour les personnes physiques immatriculées. Cette qualité confère à l'entrepreneur le bénéfice de certains droits jadis reconnus aux seuls commerçants. Il s'agit entre autres de la liberté de preuve y compris le droit d'utiliser ses livres comme moyens de preuve, du régime de la prescription prévu pour les obligations entre commerçants, et du bail à usage professionnel. Sur ce dernier point, il faut souligner que l'entrepreneur ne bénéficie ni du droit au renouvellement du bail ni du droit à la fixation judiciaire du loyer du bail renouvelé sauf convention contraire des parties (art. 134, alinéa 2 de l'AUDCG). À ces droits du commerçant reconnu à l'entrepreneur, il faudrait ajouter

l'ensemble des mesures incitatives fiscales ou sociales que chaque État partie pourra reconnaître à l'entrepreneur conformément aux dispositions de l'article 30, alinéa 7 de l'AUDCG.

La déclaration simplifiée semble bien distincte pour le juriste mais ne recouvre-t-elle pas les germes de confusion dans l'esprit des destinataires du statut?

1.1.2. L'analyse critique de la déclaration simplifiée

Il est vrai que l'immatriculation du commerçant au RCCM et la déclaration d'activité de l'entrepreneur à ce même registre ne peuvent être cumulatives. L'AUDCG prévoit expressément à son article 64 alinéa 3 l'impossibilité de cumuler les statuts de commerçant et d'entrepreneur. Pourtant, la rédaction de nombreuses de ses dispositions pourrait prêter à cette confusion. En effet, la lecture combinée de certaines dispositions de l'AUDCG laisse envisager la possibilité d'être doublement inscrit à la fois comme commerçant et comme entrepreneur. D'abord, la disposition de l'article 35, 1^o prévoit que le RCCM reçoit les demandes d'immatriculation « [...] des personnes physiques ayant la qualité de commerçant au sens du présent Acte uniforme ». Ensuite, la disposition de l'article 2 définit le commerçant comme « celui qui fait de l'accomplissement d'actes de commerce par nature sa profession ». Enfin, la disposition de l'article 63, 3^o dispose que s'il est commerçant –qualité conférée par l'immatriculation au RCCM– l'entrepreneur doit produire une déclaration sur l'honneur attestant qu'il n'est frappé d'aucune des interdictions prévues par l'article 10. De ces dispositions, il ressort qu'une personne qui fait de l'accomplissement d'actes de

commerce par nature sa profession pourrait penser à la fois devoir s'immatriculer au RCCM comme commerçant (article 35, 1^o) et déclarer ses activités comme entrepreneur (article 63, 3^o). Nous pensons que l'article 63, 3^o de l'AUDCG devrait plutôt viser non pas le « commerçant » mais la personne qui « exerce une activité commerciale ». Il faudrait dans ce cas imaginer que la définition de l'exercice d'activité commerciale soit différente de l'accomplissement d'acte de commerce par nature. En attendant cela, s'il exerce une activité commerciale et remplit par ailleurs les conditions exigées pour bénéficier du statut de l'entrepreneur, le commerçant gagnerait mieux à s'abstenir de s'immatriculer au RCCM comme commerçant et à plutôt procéder à une déclaration d'activité comme entrepreneur.

En définitive, il s'impose, comme une évidence, de constater que l'institution du nouveau statut de l'entrepreneur du droit OHADA est l'expression d'une volonté résolue des États parties au Traité OHADA de cerner le secteur informel, de mieux l'encadrer au plan juridique, fiscal et social afin de le faire évoluer vers le secteur formel et structuré sur lequel l'État peut agir efficacement de par le contrôle plus affirmé qu'il exerce sur celui-ci. C'est la raison pour laquelle le statut de l'entrepreneur a un champ volontairement élargi par le législateur OHADA par rapport à celui du commerçant.

1.2. Le double élargissement du champ personnel et du champ matériel de la commercialité

Les activités pouvant être exercées par l'entrepreneur débordent du cadre des actes de commerce tels que définis aux

articles 3, 4 et 5 de l'AUDCG. Le champ d'application de l'AUDCG a en effet été élargi pour y inclure de nouvelles activités : les activités civiles, agricoles ou artisanales relevant traditionnellement du droit civil, droit commun des relations privées. Le contenu de ces activités civiles, artisanales ou agricoles n'a pas été précisé par l'AUDCG d'où la nécessité de déterminer ce que peuvent recouvrir ces activités (1.2.2). Ces activités nouvelles permettent d'opérer une mutation du statut de commerçant comme acteur principal du monde des affaires à un statut plus inclusif d'entrepreneur individuel agissant en qualité de professionnel indépendant (1.2.1).

1.2.1. Du commerçant au professionnel indépendant

Selon les termes de l'article 30 de l'AUDCG, l'entrepreneur est un professionnel, en ce qu'il « exerce une activité professionnelle ». C'est ce qui a fait dire à certains commentateurs de l'AUDCG révisé que le statut de l'entrepreneur du droit commercial général OHADA est largement inspiré du statut du professionnel indépendant du droit français⁵. Ce statut du professionnel, qui désigne en droit français tout intervenant de la vie économique, doté d'une organisation minimale, a été envisagé comme fondement d'un élargissement souhaité du statut de commerçant ⁶ devant désormais

comprendre notamment les activités civiles. C'est ainsi que la doctrine⁷ a défini le professionnel indépendant comme étant une personne physique ou morale qui agit dans le cadre d'une activité habituelle et organisée de production, de distribution et de prestation de services. Cette définition est suffisamment précise en ce sens qu'elle met hors du champ personnel du statut du professionnel et, partant, de celui de l'entrepreneur, les travailleurs salariés mais elle est également extensive dans la mesure où elle inclut dans ce champ les personnes morales (toutefois exclues par l'AUDCG du statut de l'entrepreneur), mais surtout dans le champ matériel, toutes les activités de production et de distribution des biens mais aussi de fourniture des services.

Pour la doctrine française, la notion de professionnel indépendant apparaît donc comme une notion fédératrice du droit civil et du droit commercial car la profession, quelle que soit sa nature, constitue l'un des éléments d'ancrage qui permet de saisir à la fois l'activité économique et la personne qui l'exerce. Le statut du professionnel, comme « qualification générique », permettrait d'assurer la « réglementation de tous les intervenants de la vie économique »⁸.

Avec la réforme de 2010, le droit commercial général OHADA serait alors passé des activités commerciales, excluant celles qui sont civiles, aux activités professionnelles couvrant l'essentiel des activités à caractère économique. La conceptualisation du statut du professionnel comme acteur juridique de

⁵ Justine DIFFO TCHUNKAM, « Actualité et perspective du droit OHADA des affaires après la réforme de l'Acte Uniforme relatif au Droit Commercial Général du 15 décembre 2010 », (2012) *Afrilex*, n°16.

⁶ Philippe LE TOURNEAU, « Les professionnels ont-ils du cœur ? », (1990) *Rec. Dalloz Sirey*, Chr. V. 21-26 cité par Justine DIFFO TCHUNKAM, *id.* Voir également Jean SAVATIER, « Contribution à une étude juridique

de la profession », dans *Le droit investi par la politique*, coll. « Archives de Philosophie du Droit », n°16, Paris, Sirey, 1971, p. 3-17.

⁷ Jean CALAIS-AULOY et Frank STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 2003, p. 12 et s.

⁸ J. DIFFO TCHUNKAM, *préc.*, note 5.

l'activité économique, apparue pour la première fois dans les travaux de G. Ripert en 1939⁹, aurait donc trouvé, dans le droit OHADA, une assise législative qui a formalisé et professionnalisé l'accomplissement d'opérations répétées, de nature commerciale ou civile, le recours fréquent au crédit, à titre d'habitude¹⁰. Le statut d'entrepreneur vient par conséquent comme un trait d'union entre le droit civil et le droit commercial. Il permet, ce qu'il faut saluer, que l'acte économique vienne à dominer l'acte de commerce et qu'il ne soit plus réduit aux seules activités des commerçants mais qu'il y soit inclus les opérations et actes de toute nature dès lors qu'ils présentent un « faisceau d'indices suffisamment révélateurs de leur substance économique »¹¹. A ce sujet, osons la conclusion qu'avec ce statut issu de la réforme de 2010 l'AUDCG est passé d'un droit du commerçant à un droit du professionnel, acteur économique. Le statut de l'entrepreneur ainsi qualifié couvrirait, de manière bien plus évidente, à la fois l'exercice en qualité de professionnel indépendant d'activités tant commerciales qu'artisanales, agricoles ou civiles. Encore faut-il convenir de critères permettant de classer une activité dans l'une ou l'autre catégorie, ce que l'AUDCG ne fait pas.

1.2.2. Des activités commerciales aux activités économiques

L'entrepreneur est une personne physique qui a vocation à exercer une grande diversité d'activités économiques à la différence du commerçant qui fait de l'accomplissement des actes de commerce par nature sa profession. C'est ce qui ressort de la lecture des articles 2 et 30 de l'AUDCG. En ce qui concerne le dernier article cité, il en ressort que l'entrepreneur peut exercer des activités professionnelles civiles, commerciales, artisanales ou agricoles. Il faut dire que si l'AUDCG prévoit expressément les critères de la commercialité qui peuvent être utilisés pour qualifier les activités commerciales, il en va autrement pour les autres activités visées dans le statut de l'entrepreneur.

Les activités commerciales peuvent être définies à partir des critères posés par l'AUDCG, comme consistant en l'accomplissement, à titre de profession, d'actes de commerce par nature (art. 2 de l'AUDCG). Ces actes consistant, pour la personne qui exerce le commerce, à s'entremettre dans la circulation des biens qu'elle produit ou achète ou à fournir des prestations de service avec l'intention d'en tirer un profit pécuniaire (art. 3 de l'AUDCG). Il s'agit, pour ne citer que les plus courantes, des activités d'achat de biens, meubles ou immeubles, en vue de leur revente, des opérations de location de meubles, de manufacture, de transport et de télécommunication, d'intermédiation commerciale, etc. Il faut toutefois émettre une petite réserve sur le fait que l'identité de cette définition de l'activité commerciale avec celle de l'acte de commerce par nature dont l'accomplissement confère la qualité de commerçant pourrait créer une confusion sur le devoir de s'immatriculer de

⁹ Georges RIPERT, « L'ébauche d'un droit professionnel », *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri CAPITANT*, Paris, Dalloz, 1939, p. 607.

¹⁰ Frédéric POLLAUD-DULIAN, « L'habitude en droit des affaires », dans *Droit et vie des affaires. Etudes à la mémoire d'Alain SAYAG*, coll. « Le droit des affaires », Paris, Litec, 1997, p. 349-369.

¹¹ Voy. J. DIFFO TCHUNKAM, préc., note 5.

déclarer son activité qui pourrait peser sur un entrepreneur individuel.

Les activités artisanales ne sont définies ni par l'AUDCG ni par la plupart des législations nationales des Etats parties au Traité OHADA. Elles peuvent cependant, dans un sens courant, être considérées comme consistant en « l'exercice d'un métier manuel en dehors de tout lien de subordination, souvent avec une main d'œuvre limitée »¹². D'une manière générale, l'artisanat désigne la production de produits ou services grâce à un savoir-faire particulier et hors contexte industriel.

Les activités agricoles quant à elles constituent historiquement l'activité principale des populations des États parties au Traité OHADA. Toutefois, il est bien curieux de noter l'absence de définition juridique de ces activités dans le droit OHADA et dans les droits internes de la plupart des États membres. En droit comparé français par contre, il existe une définition légale, celle de l'article 311.1 du Code rural et de la pêche maritime. Selon cette disposition, sont réputées activités agricoles : « toutes les activités correspondant à la maîtrise et à l'exploitation d'un cycle biologique de caractère végétal ou animal et constituant une ou plusieurs étapes nécessaires au déroulement de ce cycle »¹³ et « les activités exercées par un exploitant agricole qui sont dans le prolongement de l'acte de production ou qui ont pour

support l'exploitation ». Ce sont les activités de production animale et végétale, les activités exercées dans le prolongement de l'acte de production, les activités qui ont pour support l'exploitation agricole et ayant un lien économique avec l'activité agricole, les activités de préparation et d'entraînement des équidés domestiques et les activités de production d'énergie par méthanisation dans la mesure où les matières utilisées sont issues à cinquante pour cent de l'exploitation. D'un point de vue étymologique, le terme agriculture, tiré du latin *agricultura*, désigne cette activité par laquelle les hommes aménagent leurs écosystèmes dans le but de satisfaire leurs besoins alimentaires. Il peut être simplement admis qu'il s'agit des activités se caractérisant par une mise en valeur organisée de la terre en vue d'une production animale ou végétale. En définitive, ce que l'on peut retenir sur le secteur agricole, c'est une incertitude. Celle portant sur les limites même de l'activité agricole en raison notamment la diversification accrue des activités pouvant être considérées comme agricoles : le développement de la pluriactivité.

Parmi toutes les activités pouvant être exercées par l'entrepreneur du droit OHADA, les activités civiles sont celles qui sont les plus délicates à cerner. Elles renvoient le plus souvent à la notion de profession civile, qui peut être considérée comme celle regroupant des personnes exerçant à titre habituel, de manière indépendante et sous leur responsabilité, une activité de nature civile. Elle a pour objet de permettre à l'exerçant d'assurer des prestations essentiellement intellectuelles, techniques ou de soins mises en œuvre au moyen de qualifications professionnelles appropriées qui s'exercent habituellement

¹² Robert SAWADOGO, « Le métier de commerçant : ce que prévoit le droit burkinabè », [En ligne], [<http://www.burkinapmepmi.com/spip.php?article9672>], (consulté le 17 mai 2017).

¹³ La notion de cycle biologique qui correspond au développement de la vie, de son début à son terme, et qui était déjà le critère de l'activité agricole pour le droit fiscal et le droit social, devient donc l'élément central de la définition, abandonnant la référence au travail du sol et aux conditions d'exécution de l'activité.

dans le cadre de principes éthiques et d'une déontologie professionnelle¹⁴. Dans ce sens, elle se confond à la notion de profession libérale qui peut être réglementée ou non. Les professions libérales réglementées sont celles soumises à un régime juridique particulier qui régit notamment l'accès et l'exercice de la profession. Les membres des professions libérales réglementées sont généralement soumis à des principes éthiques et déontologiques et sont contrôlés par une instance professionnelle (ordre, syndicat, association, etc.). Quant aux professions libérales non-réglementées, elles devraient regrouper toutes les autres professions civiles qui ne sont ni commerciales, ni artisanales, ni industrielles, ni agricoles et qui ne figurent pas dans la liste des professions libérales réglementées. Il s'agit notamment des petits métiers de conseil et d'assistance en toute matière ou de production littéraire et artistique.

Au-delà de la nature des activités exercées par l'entrepreneur, l'AUDCG regarde au niveau de ces activités. À ce sujet, sans viser la précarité, le statut d'entrepreneur vise en principe des petites activités appelées à se développer. Il s'agit donc d'un statut transitoire vers une commercialisation, une industrialisation ou une professionnalisation plus accrue. C'est la raison pour laquelle, l'entrepreneur conserve son statut aussi longtemps que le chiffre d'affaires annuel généré par son activité n'excède pas, pendant deux exercices consécutifs, les seuils fixés par l'article 13 de l'Acte

uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises (AUPHCE) au titre du système minimal de trésorerie (SMT). Ce système s'applique aux très petites entreprises dont les recettes annuelles ne sont pas supérieures à 30 millions de francs CFA pour les entreprises de négoce, 20 millions de francs CFA pour les entreprises artisanales et assimilées et 10 millions de francs CFA pour les entreprises de services. Il faut souligner que le chiffre d'affaires annuel à considérer est celui généré exclusivement par l'activité déclarée par l'entrepreneur. En somme, le statut de l'entrepreneur ne vise pas les industriels et les grands commerces mais les « jeunes plants » qui ont besoin d'être protégés et entretenus comme dans une pépinière afin de leur permettre de croître efficacement.

La perte de la qualité d'entrepreneur peut intervenir dès lors que, pendant deux années consécutives, le chiffre d'affaires généré par l'activité déclarée excède la limite fixée par l'État partie sur le territoire duquel l'entrepreneur exerce cette activité. Dans ce cas, l'entrepreneur ne peut plus bénéficier de la législation spéciale qui était appliquée et doit en conséquence se conformer à la réglementation juridique et fiscale spécifique applicable à l'activité concernée (art.30, al. 4 et 5 de l'AUDCG).

Malgré quelques interrogations demeurant sans réponse sur la déclaration simplifiée et sur la définition juridique des différentes activités pouvant être exercées par l'entrepreneur, le nouveau statut de l'entrepreneur du droit OHADA se veut attractif car il simplifie l'accès au contenant et élargit le contenu de l'activité d'entrepreneur individuel. Cela promet une belle réussite à la volonté du législateur de « formaliser » l'informel. Cependant, une fois cette étape de

¹⁴ L'article 39 du code des impôts burkinabè dispose qu' : « On entend par profession libérale celle dans laquelle l'activité intellectuelle joue le principal rôle et qui consiste en la pratique personnelle en toute indépendance d'une science ou d'un art ».

formalisation franchie, il se posera d'autres questionnements juridiques auxquels la réforme de 2010 aurait pu apporter un début de réponse, notamment par rapport à la sécurisation patrimoniale qui pourrait être attendue du nouveau statut à l'instar de ce que prévoit le droit français pour l'auto-entrepreneur ou pour l'entrepreneur à responsabilité limitée.

2. Une sécurisation juridique insuffisante de l'exercice d'activités économiques

La sécurité juridique est une composante de la sûreté des personnes. Pour convenablement définir la sûreté des personnes, il faut remonter à l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 qui faisait déjà de la sûreté un droit naturel et imprescriptible de l'homme au même titre que la liberté, la propriété et la résistance à l'oppression. Aujourd'hui, la sécurité juridique, qui vise à assurer la sûreté par la qualité normative de la loi¹⁵, est devenue un « principe général du droit », ayant de « multiples facettes »¹⁶, et appelé à

caractériser tout droit économique se voulant moderne¹⁷.

L'on ne peut imaginer que dans sa réforme de 2010, le législateur OHADA n'ait pas eu le souci, alors même qu'il entendait moderniser le droit commercial général de l'OHADA, d'offrir davantage de sécurité juridique aux personnes exerçant des activités économiques informelles. En créant le nouveau statut juridique de l'entrepreneur, inspiré du droit français, il a certainement entendu permettre l'exercice, dans un cadre juridique plus formalisé, mais également plus sécurisé au plan juridique, de « petites » activités économiques. Malheureusement, à la différence du législateur français qui a placé au centre des plus récentes réformes de son droit commercial la question de la protection du patrimoine des entrepreneurs¹⁸, le législateur OHADA est resté muet, sinon inaudible, sur la question de la protection du patrimoine de l'entrepreneur. Or, en droit OHADA, l'entrepreneur est une personne physique qui, en tant que telle, est titulaire d'un patrimoine unique. Mais pour les mêmes raisons que celles qui ont conduit à une reconnaissance progressive, par le droit français, de l'existence d'un patrimoine d'affectation chez l'entrepreneur individuel, le législateur OHADA aurait pu, pour renforcer le statut de professionnel indépendant créé, également reconnaître à ce dernier la possibilité de « dégrupper » son patrimoine. À l'analyse, il lui aurait suffi de poursuivre en droit commercial l'œuvre de déconstruction du dogme de l'unicité du patrimoine du droit civil déjà

¹⁵ Selon le Conseil d'Etat français, dans son rapport public 2006, la sécurité juridique est garantie par la qualité de la loi qui doit être normative, c'est-à-dire qu'elle doit prescrire, interdire, sanctionner (Conseil d'État, *Rapport public 2006. Sécurité juridique et complexité du droit*, coll. « Études et documents. Conseil d'État », Paris, La Documentation Française, 2006, [En ligne], [<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Securite-juridique-et-complexite-du-droit-Rapport-public-2006>], (consulté le 20 octobre 2015).

¹⁶ Paul-Gérard POUGOUE, « Les figures de la sécurité juridique, Leçon inaugurale », Inédit, UFD-Université de Yaoundé II, 2004 cité par J. DIFFO TCHUNKAM, préc., note 5.

¹⁷ Pour paraphraser l'intitulé de l'article de Paul CASSIA, « La sécurité juridique, un nouveau principe général du droit aux multiples facettes », (2006) *Recueil Dalloz*, Chr. 1190. 1193.

¹⁸ Déclaration d'insaisissabilité et fiducie notamment.

entamée par le droit fiscal dans la plupart des États parties au Traité OHADA.

2.1. La déconstruction déjà entamée en droit fiscal par la théorie du bilan

En droit fiscal, la liberté d'affectation par une inscription au bilan autorise, indirectement, un entrepreneur individuel à « construire fiscalement ses patrimoines privé et professionnel par le jeu d'une simple écriture comptable »¹⁹. En effet, lorsqu'une personne physique exerce une profession indépendante, le droit fiscal lui permet, en principe, de pouvoir distinguer les biens possédés à titre privé, constituant le patrimoine civil ou privé, de ceux affectés à la profession, constituant le patrimoine commercial ou professionnel²⁰. C'est ce qui a permis à certains auteurs de considérer que l'entreprise était « conçue par le droit fiscal comme une entité juridique dotée d'un patrimoine d'affectation propre »²¹.

¹⁹ Frédéric COLASSON, *Le patrimoine professionnel*, coll. « Publications de la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Limoges », Limoges, PULIM, 2006, p. 112. Il faut toutefois réserver l'importante limite à cette liberté de choix posée par la doctrine administrative (4 B 122, n° 5 à 11, juin 1999) qui comprend obligatoirement dans l'actif professionnel (même s'ils n'ont pas été inscrits à l'actif du bilan), les éléments incorporels du fonds de commerce (clientèle, achalandage, droit au bail, nom commercial et enseigne) ainsi que les droits de propriété industrielle. Cette limite est bien évidemment inspirée de la règle d'affectation.

²⁰ Jean-Pierre ŁUKASZEWICZ, *Nouveaux aperçus sur l'autonomie du droit fiscal*, Amiens, Thèse dactyl., 1973, p. 122, cité par Emmanuel TAUZIN, *L'intérêt de l'entreprise et le droit fiscal*, Coll. « Finances Publiques », n° 125, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 65.

²¹ Philippe BERN, *La nature juridique du contentieux de l'imposition*, coll. « Bibliothèque de droit public », vol.109, LGDJ, 1972, p. 166. La théorie du patrimoine d'affectation consiste à sélectionner puis réunir, dans une même masse,

En effet, dans sa volonté de ne pas opposer la théorie de l'unicité du patrimoine du droit civil et la reconnaissance de l'existence de l'entreprise individuelle en tant qu'« unité comptable » servant à l'organisation de patrimoines²², le juge fiscal français s'était, le premier, écarté de la conception civiliste du patrimoine pour reconnaître l'existence d'un patrimoine professionnel ou patrimoine commercial autonome, voire indépendant, du patrimoine privé ou patrimoine civil de l'entrepreneur. Deux masses distinctes, dont l'exploitant personne physique était le seul maître²³ devaient coexister et former deux universalités juridiques : l'une, rattachée à la personne juridique parce qu'elle n'a d'intérêt que pour cette personne et les créanciers de celle-ci, le patrimoine juridique, et l'autre, rattachée à l'exercice d'une activité professionnelle parce qu'elle contribue à sa mise en œuvre, le bilan²⁴.

Dans les États parties au Traité OHADA, la théorie française du bilan²⁵ et son

tous les biens affectés par une destination commune (F. COLASSON, préc., note 19, p. 34).

²² Maurice COZIAN et Florence DEBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises: 2014/15*, 38^e éd., coll. « Précis fiscal », Paris, LexisNexis, 2014 n°31, p. 21.

²³ Maurice COZIAN, Alain VIANDIER et Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 18^{ème} éd., Paris, Litec, 2005, n° 40, p. 18.

²⁴ Frédérique COHET-CORDEY, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », (1996) *RTD civ.* 821.

²⁵ La théorie du bilan est cette théorie tirée de ce que le bénéfice imposable de l'entreprise est déterminé d'après les résultats accusés au bilan de celle-ci, c'est-à-dire d'après la différence des valeurs d'actif de deux bilans successifs. Voir Concl. POUSSIÈRE sous CE 13 juillet 1955, req. 17 908, 7^{ème} et 8 sous-sect. (1995) *Dr. fisc.* n° 21. Voir également Maurice COZIAN, « Le principe de liberté d'affectation comptable dans le cadre des bénéficiaires industriels et commerciaux », (2002) 6 *Dr. fisc.* 294 ; Florence DEBOISSY, « Quelques conséquences de la liberté d'inscrire ou non une

corollaire de l'inscription volontaire des biens à l'actif du patrimoine professionnel ne sont ni expressément prévus dans les dispositifs normatifs ni ostensiblement affirmés par les jurisprudences nationales. Il n'en demeure pas moins qu'à l'analyse des textes de droit fiscal, l'on puisse clairement noter que la liberté d'inscription de biens ou de créances à l'actif du bilan de l'entreprise est sous-entendue dans la formulation des dispositions régissant la détermination des bénéfices imposables au titre des exploitations individuelles. En effet, ces dispositions mentionnent le plus souvent l'imposition ou l'exemption de certains revenus catégoriels lorsqu'ils sont « inscrits » ou « portés », ou lorsqu'ils « figurent » à « l'actif de l'entreprise ». Cela signifie que les lois fiscales de ces États distinguent l'actif privé de l'exploitant individuel de son actif professionnel auquel il a, sur le fondement de la théorie du bilan, la liberté d'inscrire des biens et des créances.

Lorsque le droit fiscal a ainsi accédé à ce que l'exploitant individuel puisse détenir un « patrimoine global regroupant la masse de ses biens à usage privé » distinct de « la masse de ses biens à usage professionnel »²⁶, il s'inscrivait dans la perspective d'une remise en cause progressive du principe de l'unicité du patrimoine juridique²⁷, et même à une « dépersonnalisation » du patrimoine qui n'est plus perçue que comme « un

dette au passif du bilan de l'entreprise », note sous CE, 3 juin 1998, n° 163809, *Cuinet*; CE, 10 décembre 1999, n° 164982, *Freulon*; CE, 20 novembre 2000, n° 212097, *M. Buffin*; CE, 19 mars 2001, n° 198543, *Cadix*; (2001) 4 *RTD com.*999 à 1005 et Frédéric COLASSON, préc., note 19, p. 119.

²⁶ F. COLASSON, préc., note 19, p. 114.

²⁷ Daniel ALIBERT, « A la recherche d'une structure juridique pour l'entreprise individuelle », in *Dix Ans de droit de l'entreprise*, Paris, Litec, 1978, p. 65, cité par F. COLASSON, préc., note 19, p. 35.

ensemble de biens ayant une destination commune »²⁸. Il faut tout de même reconnaître que cette consécration de la théorie du bilan ne remettait aucunement en cause le refus du droit fiscal de reconnaître à l'entreprise individuelle une personnalité juridique propre. La théorie du bilan devait donc être relativisée, et elle l'a été. Dans un premier temps, son champ d'application a été limité aux entreprises individuelles commerciales et industrielles, ou encore libérales, exploitées par un contribuable, personne physique, et qui ont l'obligation de tenir un bilan du fait qu'elles sont soumises à un régime de bénéfice réel²⁹. Dans un

²⁸ Il faut préciser que cette conception objective du patrimoine est d'inspiration allemande car la doctrine allemande reconnaît à un même titulaire la faculté de disposer de plusieurs patrimoines. Elle estime, en effet, que le patrimoine n'émane pas de la personnalité mais plutôt de la destination des biens. Cf. les notions de *sondervermögen* (patrimoines séparés) ou *sweckvermögen* (patrimoines à but) développés par BRINZ et BEKKER (F. COLASSON, préc., note 20, p. 36). Voir également Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, François CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. I, 1^{er} vol, « Introduction à l'étude du Droit », 8^{ème} éd., p. 369, cité par F. COLASSON, préc., note 19, p. 35.

²⁹ A l'exclusion donc de celles soumises à un régime d'imposition de forfait, Cyrille DAVID, « L'acte anormal de gestion (AAG) (Comparaison fiscale Allemagne, France et Royaume-Uni) », dans *Écrits de fiscalité des entreprises : études à la mémoire du professeur Maurice Cozian*, Paris, Litec, 2009, p. 254. Il semble possible cependant d'ajouter les membres associés des sociétés de personnes (CE, 3 septembre 1997, req. 133 408, *Chagnon*, *RJF* 10/1997. 662, n° 919, Chr. Verclytte, p. 587). Il est vrai que cette société doit inscrire à son bilan tous les éléments d'actif dont elle est propriétaire ou les engagements qu'elle prend et elle ne paraît pas avoir un patrimoine privé à côté de son patrimoine professionnel (Voir en ce sens Jacques LECALVEZ, « Les incertains contours du patrimoine de l'entrepreneur individuel », (2000) *Dalloz*, Chr. 151). En revanche, les associés membres de la société de personnes, en raison de la semi-transparence de la société (Voir Maurice COZIAN, « Images fiscales : transparence, semi-

second temps, et comme l'on pouvait s'y attendre, à la suite du reproche qui lui a été fait de permettre une affectation purement formelle des biens pour des raisons fiscales³⁰, elle a vu ses effets neutralisés en droit français³¹. Ainsi, l'inscription volontaire n'est plus nécessairement synonyme d'affectation, bien que le principe de l'affectation ait été maintenu dans les nouveaux dispositifs juridiques au détriment du principe de l'utilisation³².

transparence, translucidité et opacité des sociétés », (1976) *JCP* .I.2817), paraissent pouvoir disposer fiscalement d'un patrimoine professionnel, correspondant à leur quote-part dans le capital social, à côté de leur privé. Ainsi ces associés doivent pouvoir décider librement quels biens et quelles dettes inscrire à ce patrimoine professionnel.

³⁰ L'affectation patrimoniale par inscription au bilan de l'entreprise opérerait un transfert du bien du patrimoine privé, rattaché à la personne, vers le patrimoine professionnel, rattaché à l'activité d'entreprise. Parallèlement, la cessation d'activité de l'entreprise individuelle avait pour conséquence d'entraîner le « basculement » immédiat et automatique des éléments d'actif et de passif du bilan vers le patrimoine privé de l'exploitant à la date à laquelle elle intervient (F. COLASSON, préc., note 19, p. 120). Voir également CE 5 décembre 1973, n° 86298 : DUPONT, 1974, n° 16731, cité par J. MAÏA, « Quelles incidences fiscales pour un abandon de créance? », (2001) *RJF* 799 (n° 10).

³¹ À partir du 1^{er} janvier 2012.

³² En effet, l'article 155-II du CGI français a mis fin aux effets de cette théorie en ne permettant aux entrepreneurs individuels de tenir compte, dans la détermination du résultat professionnel, que « des produits et charges relatifs aux actifs affectés à l'exploitation, qu'ils soient nécessaires à celle-ci ou simplement utilisés à son profit ». Malgré le fait qu'il relève toujours de la liberté totale de l'entrepreneur d'inscrire ou non un bien non affecté à l'exploitation à l'actif professionnel, fiscalement, les produits et charges afférents à ce bien, sans lien avec l'activité professionnelle, ne pourront être pris en compte dans la détermination du résultat professionnel. Ils doivent plutôt servir à la détermination d'un

Malgré cette atténuation, la remise en cause du principe de l'unicité du patrimoine reste encore vive en droit fiscal, que l'on considère le droit français ou ceux des États parties au Traité OHADA. Cette déconstruction de l'unicité aurait pu être poursuivie en droit commercial général par le législateur OHADA, avec pour finalité la réduction du risque juridique, donc l'accroissement de la sécurité juridique, de l'acte d'entreprendre.

2.2. La déconstruction souhaitée en droit commercial par la théorie du patrimoine affecté

Pour la doctrine civiliste, « l'unité du patrimoine est une conséquence logique de l'unité de la personnalité de chaque sujet de droit »³³. Il ne devrait donc pas exister de patrimoine autonome du commerçant, ou plus généralement de l'entrepreneur individuel, qui soit considéré comme distinct de son patrimoine personnel. Les droits civils et le droit commercial des États parties au Traité OHADA n'ont pas beaucoup évolué sur cette question. Le principe de l'unicité du patrimoine reste quasiment intact tel qu'il découle des dispositions du Code civil de 1804. Il est donc permis de

résultat séparé imposable suivant la cédula d'imposition correspondant à la nature des biens. Cette neutralisation des effets n'est écartée que si l'activité non professionnelle est accessoire. Ils sont considérés comme accessoires lorsque les produits n'excèdent pas 5% de l'ensemble des produits de l'exercice. Ce taux est monté à 10% pour la deuxième année si la limite de 5% était respectée au cours de l'exercice précédent. Il faut bien noter que l'exception des produits accessoires n'est pas applicable aux charges. Voir Patrick SERLOOTEN, *Droit fiscal des affaires*, 11^{ème} éd., coll. « Précis », Paris, Dalloz, 2012, p. 65.

³³ E. TAUZIN, préc., note 20, n° 127, p. 66.

d'affirmer que la réforme de 2010 a consacré, à côté du statut du commerçant, un nouveau statut de l'entrepreneur sans prévoir un régime juridique propre aux droits et obligations de cet entrepreneur³⁴.

Afin de comprendre, pour mieux s'en inspirer, les dispositifs de cantonnement du patrimoine adoptés par le législateur français qui tend à généraliser la reconnaissance de « sous-ensemble[s] du patrimoine résultant de sa division volontaire »³⁵, il faut s'intéresser à la fonction même du patrimoine. De ces fonctions découlera la nécessité de le protéger pour sécuriser, d'un côté, l'activité professionnelle et, de l'autre, la vie privée ou familiale de l'entrepreneur. Pour rompre avec le principe de l'unicité du patrimoine de l'article 2284 du code civil, le législateur français va d'abord instituer la possibilité d'une affectation négative du patrimoine avant d'adopter le principe d'une affectation positive³⁶.

³⁴ L'article 30 de l'AUDCG définit l'entrepreneur comme « un entrepreneur individuel, personne physique qui, sur simple déclaration prévue dans le présent Acte uniforme, exerce une activité professionnelle civile, commerciale, artisanale ou agricole ». Contrairement à ce à quoi l'on pouvait s'attendre, le nouveau statut, régi par trois articles, impose à l'entrepreneur une simple obligation de tenue de livre de ressources et emplois. Il n'est nulle part précisé le régime juridique de ces « ressources » et « emplois » en droit civil.

³⁵ Anne-Laure THOMAT-RAYNAUD, « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : naissance d'une nouvelle catégorie de personne physique ? - (Entrée en vigueur de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010, ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010, décret 2010-1706 du 29 décembre 2010, arrêté du 29 décembre 2010) », (2011) 5 *Droit de la famille*, étude 15, n° 13.

³⁶ Dans l'affectation négative, la déclaration d'insaisissabilité interdit aux créanciers de d'atteindre le patrimoine affecté de l'auto-entrepreneur. Dans l'affectation positive, la déclaration d'affectation qui va indiquer aux

2.2.1. De l'affectation négative du patrimoine par la déclaration d'insaisissabilité des biens de l'auto-entrepreneur

Le statut actuel de l'entrepreneur individuel, incluant le régime de l'« auto-entrepreneur », est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2009³⁷. Il vise à simplifier l'exercice de petites activités indépendantes en permettant à une personne d'exercer une activité commerciale, artisanale ou libérale, soit à titre principal, soit à titre complémentaire, tout en ayant la possibilité de conserver le bénéfice de son statut initial. Il faut dire qu'il n'existe pas de régime juridique spécial limitant la responsabilité de l'auto-entrepreneur. Celui-ci est, en principe, responsable de ses dettes professionnelles sur l'intégralité de ses biens personnels. Son patrimoine, en entier, constitue le gage commun des créanciers conformément aux dispositions de l'article 2284 du Code civil. Il ne peut en être autrement que si l'entrepreneur individuel use de la faculté que lui offre la loi sus-citée de rendre ses biens fonciers, bâtis ou non, insaisissables dès lors qu'il ne les a pas affectés à son activité professionnelle, par simple déclaration.

Qualifiée de « mesure spectaculaire »³⁸, la déclaration d'insaisissabilité permet à « une personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité

créanciers le patrimoine affecté qui est constitutif de leur gage.

³⁷ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, publiée au Journal Officiel de la République Française du 5 août 2008.

³⁸ Bernard SAINTOURENS, « Déclaration d'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel », (2003) *RTD com.* 690.

professionnelle agricole ou indépendante » de déclarer insaisissables « ses droits sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale ainsi que sur tout bien foncier bâti ou non bâti qu'elle n'a pas affecté à son usage professionnel »³⁹. Les biens immobiliers ainsi cantonnés ne peuvent plus faire l'objet de saisie par les créanciers professionnels de l'auto-entrepreneur dont les créances sont nées postérieurement à la publication de la déclaration d'insaisissabilité, sauf renonciation à l'insaisissabilité au profit d'un ou de plusieurs créanciers, sur tout ou partie du patrimoine cantonné. Cette renonciation, il faut le souligner, peut parfaitement et très utilement être faite dans le cadre d'une opération de financement pour faciliter des prêts à l'entrepreneur individuel.

La faculté de protection d'une partie de son patrimoine par l'entrepreneur individuel, partie qui est ainsi soustraite du gage commun des créanciers, peut se justifier aisément. En offrant la possibilité à l'auto-entrepreneur de rendre certains de ses biens insaisissables, le législateur français visait à « protéger la dignité du débiteur »⁴⁰. Il a, à ce titre, opéré « une personnification de certains biens considérés comme vitaux » pour la personne humaine et « construit progressivement un authentique "patrimoine de dignité" »⁴¹.

Même s'il impose aujourd'hui de relativiser l'attrait pour le dispositif, dans la mesure où cette technique d'affectation négative du patrimoine pourrait être perçue par les créanciers professionnels comme une réduction de la masse des

biens sur lesquels ils peuvent exercer leurs poursuites, le législateur OHADA aurait pu s'en inspirer dans le but d'assurer une protection juridique de l'entrepreneur et de sa famille contre les risques de l'acte d'entreprendre, surtout, des activités informelles. Cette protection pourrait aussi être renforcée par une possibilité d'affectation positive du patrimoine.

2.2.2. De l'affectation positive du patrimoine par la reconnaissance d'un patrimoine d'affectation

Dans son œuvre de limitation du « risque d'entreprendre » et de la responsabilité qui en découle, le législateur français a d'abord agi par le biais de la personnalité⁴², ensuite, par les biens⁴³ et enfin, avec la loi EIRL⁴⁴, par le

⁴² En permettant aux entrepreneurs individuels de créer, sans l'aide d'un associé, une société unipersonnelle à responsabilité limitée.

⁴³ Il leur a permis de mettre à l'abri de l'action des créanciers professionnels, des biens à forte dimension personnelle et familiale tels le logement ou la résidence secondaire.

⁴⁴ *Loi française n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée* (JORF du 16 juin 2010) et ses textes d'application : *Ord. n° 2010-1512, 9 déc. 2010 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, JORF du 10 déc. 2010 ; *Décret n° 2010-1706, 29 décembre 2010*, JORF du 31 déc. 2010, p. 23450 ; *Arrêté du 29 déc. 2010 relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, JORF du 31 déc. 2010, p. 23464 ; *Décret n° 2010-1648 du 28 décembre 2010 relatif au tarif des actes déposés par l'EIRL au répertoire des métiers*, JORF du 29 déc. 2010, p. 22925 ; *Décret n° 2011-172 du 11 février 2011 modifiant l'article R. 743-140 du Code de commerce relatif au tarif général des greffiers des tribunaux de*

³⁹ Cf. Loi française n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 et modifiée par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, codifié dans le C. com., art. L. 526-1.

⁴⁰ Mustapha MEKKI, « Le patrimoine aujourd'hui », (2011) 46 *JCP G*, doct., 1258 (n° 17).

⁴¹ *Id.*

patrimoine⁴⁵, voire par la personne⁴⁶. En 2010, le législateur français a franchi un pas décisif en rompant le « dogme [...], en l'occurrence biséculaire, de l'unicité du patrimoine pour les entrepreneurs individuels »⁴⁷. L'EIRL qu'il a créée est une personne physique⁴⁸ à qui la loi permet de « diviser » le contenu de son patrimoine afin de créer un patrimoine professionnel séparé, affecté à l'activité professionnelle et autonome de son patrimoine personnel⁴⁹. C'est cet « enfant naturel, aujourd'hui légitime ou légitimé » qui permet une limitation de responsabilité sans création d'une société. Il ne s'agit donc pas d'une nouvelle forme juridique. Et contrairement à la situation

commerce, JORF du 13 fév. 2011. - Pour une étude d'ensemble Voir François TERRE (dir.), *L'EIRL- L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, coll. « Droit 360° », Paris, Litec-LexisNexis, 2010 ; Etienne DUBUISSON, *L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, Paris, Litec, 2010 ; François TERRE, « La personne et ses patrimoines, des pépins par milliers », (2010) *JCP N* 1328.

⁴⁵ François TERRE, Philippe SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 8^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2010, n° 22.

⁴⁶ Anne-Laure THOMAT-RAYNAUD, « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : une nouvelle personne physique ? - Réflexions sur une différenciation d'ordre personnel et patrimonial », (2012) 9 *Revue Droit de la famille*, Dossier 8, n° 1 et 2.

⁴⁷ F. TERRE, « La personne et ses patrimoines ou l'EIRL », préc., note 3, n°2.

⁴⁸ En principe, tout entrepreneur individuel, quelle que soit la nature artisanale, commerciale, libérale ou agricole de son activité, même mineur non émancipé, peut décider de devenir EIRL (Cf. C. civ., art. 389-8 nouveau). Il faut souligner que même les auto-entrepreneurs sont autorisés à se constituer EIRL.

⁴⁹ A.-L. THOMAT-RAYNAUD, « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : naissance d'une nouvelle catégorie de personne physique?. - (Entrée en vigueur de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010, ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010, décret 2010-1706 du 29 décembre 2010, arrêté du 29 décembre 2010) », préc., note 35, n° 12.

de l'entrepreneur individuel classique, le patrimoine personnel de l'EIRL n'est pas engagé et ne peut, en principe, être saisi en cas de difficultés par les créanciers professionnels⁵⁰. Pour qu'il en soit ainsi, l'EIRL doit faire une déclaration désignant le ou les patrimoines d'affectation⁵¹. Sur le contenu du patrimoine séparé, l'entrepreneur doit obligatoirement affecter à ce patrimoine l'ensemble des biens, droits, obligations, sûretés qui sont nécessaires à l'activité de l'EIRL⁵² et dont il est titulaire. Il n'est cependant qu'une faculté pour lui d'affecter à ce patrimoine

⁵⁰ Il s'agit non seulement des créanciers dont les droits sont nés postérieurement à la déclaration d'affectation mais également des créanciers dont les droits sont nés antérieurement à celle-ci. Cependant, l'opposabilité aux créanciers antérieurs est soumise à différentes conditions. Il s'agit notamment de la mention expresse dans la déclaration de son opposabilité aux créanciers antérieurs et de l'information individuelle de chaque créancier, lors de la création de l'EIRL, de la constitution du patrimoine affecté ainsi que de son droit de faire opposition à cette déclaration d'affectation et du délai dont il dispose pour faire une action en justice..

⁵¹ La création d'un patrimoine d'affectation implique de faire une déclaration. Celle-ci doit préciser l'objet de l'activité à laquelle le patrimoine est affecté, un état descriptif des biens affectés à l'activité professionnelle (en nature, qualité, quantité et valeur), et le cas échéant le rapport d'évaluation et l'accord exprès du conjoint ou du co-indivisaire. Quant à l'affectation d'un bien immobilier, elle doit faire l'objet d'un acte notarié publié au bureau des hypothèques. Il faut préciser qu'avant le 1er janvier 2013, il ne pouvait en déclarer qu'un seul mais depuis lors l'entrepreneur a la possibilité de disposer de plusieurs patrimoines d'affectation.

⁵² Les biens nécessaires à l'activité sont les biens qui, par nature, ne peuvent être utilisés que dans le cadre de cette activité professionnelle (ex : un fonds de commerce ou le droit de présentation d'une clientèle, un droit au bail, du matériel et de l'outillage spécifique tel qu'une scieuse pour un menuisier, des installations et biens d'équipement servant spécifiquement à l'exercice de l'activité professionnelle comme le standard téléphonique).

les biens, droits, obligations, sûretés qu'il utilise dans le cadre de son activité⁵³.

L'intérêt juridique de l'affectation est la limitation du patrimoine servant de gage commun des créanciers. En effet, le nouvel article L. 526-12 du code de commerce permet à tout entrepreneur individuel de cantonner l'assiette du gage offert à ses créanciers professionnels. Le patrimoine séparé qui en résulte constitue un « patrimoine spécialisé », ou un « sous-patrimoine » contenu à l'intérieur du patrimoine⁵⁴. Le statut de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL) permet de protéger les biens personnels de l'entrepreneur, en cas de faillite, en séparant le patrimoine personnel et professionnel, sans avoir à créer une société. La recherche de l'étanchéité est le motif principal du choix de la technique d'affectation. En pratique, l'entrepreneur individuel veut totalement mettre à l'abri ses biens personnels et ne pas risquer la poursuite des créanciers professionnels.

Pour les juristes qui appellent une (r)évolution du droit civil classique et de ses principes historiques, deux critiques essentielles peuvent être formulées à l'encontre du dispositif législatif « EIRL » actuel en droit français. La première critique est que législateur n'est pas allé suffisamment loin dans sa réforme. Il faut en effet se rappeler que le rapport

Champaud, qui semble l'avoir inspiré dans la rédaction du dispositif « EIRL » distinguait le « patrimoine affecté à l'entreprise », le « patrimoine non affecté disponible pour l'entreprise » et le « patrimoine indisponible et insaisissable » par tout créancier⁵⁵. La seconde critique porte sur l'utilisation du terme « titulaires » qui exprime un lien bien trop imprécis entre l'entrepreneur individuel et les éléments affectés. En effet, un tel terme peut englober des biens qui ne sont pas la propriété de l'entrepreneur et dont il n'aurait que la jouissance. L'on pourrait alors en tirer une certaine similitude entre les « biens nécessaires à l'activité professionnelle » et la notion fiscale de biens professionnels par nature⁵⁶. Ces « (r)évolutionnistes » souhaitent que le nouveau dispositif législatif, qui a assoupli l'indivisibilité du patrimoine, soit une étape vers la consécration d'un véritable statut de l'entrepreneur individuel fondé sur la reconnaissance d'une « personnalité professionnelle » et d'une nouvelle catégorie de personne physique dotée d'une personnalité plurale. Selon eux, cette (r)évolution permettrait ainsi d'« enraciner la distinction des patrimoines dans une compréhension latente de la personnalité des personnes physiques »⁵⁷.

⁵³ Les biens utilisés dans le cadre de l'activité ne sont pas des biens nécessaires par nature ; ils peuvent être des biens à usage mixte (professionnel et privé), comme par exemple un local d'habitation ou un véhicule.

⁵⁴ Céline KUHN, « Des patrimoines et des hommes », (2012) *Revue Dr. et patrimoine* 30 et s., cité par A.-L. THOMAT-RAYNAUD, « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : une nouvelle personne physique ?; Réflexions sur une différenciation d'ordre personnel et patrimonial », préc., note 46, n° 10.

⁵⁵ Claude CHAMPAUD, « Rapport sur l'entreprise personnelle à responsabilité limitée », (1979) *RTD civ.* 579 (n° 38).

⁵⁶ Voir Marc ROCHEDY, « L'EIRL aspects fiscaux et comptables : le choix du patrimoine professionnel affecté », (2010) *rev. Lamy Dr. Aff.* 62. 63 ; Patrick SERLOOTEN, « EIRL et droit fiscal » dans F. TERRE (dir.), *EIRL, L'entrepreneur à responsabilité limitée*, préc., note 44, n° 335 ; sur le régime fiscal de l'EIRL, voir le projet d'instruction fiscale : (2011) *Dr. fisc.*, act. 62.

⁵⁷ François TERRE, « Préambule à l'EIRL », Dans F. TERRE, *id.*, n° 11, p. 6, cité par A.-L. THOMAT-RAYNAUD, « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : naissance d'une nouvelle catégorie de personne physique ? - (Entrée en vigueur de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010,

Pour les civilistes défenseurs de la théorie du patrimoine d'Aubry et de Rau, il y a des raisons de se rassurer : le patrimoine professionnel séparé de l'EIRL reste la propriété de la personne physique. Il est alors permis de conclure que le législateur français n'a nullement remis en cause les principes sacrés de l'unicité et de l'indivisibilité du lien entre la personne et son patrimoine : la personnalité juridique⁵⁸. Il faut cependant s'inquiéter de ce que l'EIRL pourrait constituer un frein au financement des activités entrepreneuriales. En effet, le crédit étant indissociable des sûretés⁵⁹, le cantonnement du gage des créanciers professionnels au seul patrimoine d'affectation entraînera à coup sûr la réticence de ceux-ci car « la question de la garantie pourrait ainsi devenir un exercice de quadrature du cercle »⁶⁰.

Conclusion

L'idée de recourir à la mise en place d'un patrimoine d'affectation pour séparer le patrimoine privé d'un (ou plusieurs) patrimoine professionnel est une technique intéressante, sur les plans tant économique que juridique et fiscal. Cependant, il s'imposerait d'anticiper sur les problématiques liées à la composition de ce patrimoine d'affectation, son opposabilité aux tiers, les modalités de réaffectation des revenus d'un patrimoine à un autre, sans préjudice causé aux

créanciers, etc.⁶¹. Il est indéniable que la proposition de la reconnaissance d'un patrimoine d'affectation répond à un souci réel des « petits commerçants et artisans » qui aimeraient pouvoir « sanctuariser » une partie de leur patrimoine en cas de difficultés économiques. Mais pour des juristes romano-germaniques, nourris aux grands principes du droit civil que sont la plupart des rédacteurs du droit OHADA, aller dans un sens contraire à celui du principe de l'unicité du patrimoine serait une révolution juridique. En France pourtant, avec l'introduction de la fiducie et de l'EIRL, le droit français a commencé à quitter, pas à pas, le monde de certitudes du Code Napoléon

ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010, décret 2010-1706 du 29 décembre 2010, arrêté du 29 décembre 2010) », préc., note 35, n° 43.

⁵⁸ *Id.*, n° 10.

⁵⁹ Dominique LEGEAIS, « Sûretés et garanties du crédit », 7^{ème} éd., coll. « Manuel », Paris, LGDJ, 2009.

⁶⁰ Philippe THERY, « L'accès au crédit de l'EIRL : garantir et exécuter », (2011) 6 *Deffrénois* 56, cité par Maria-Beatriz SALGADO, « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : illusion des uns, désillusion des autres », (2014) 3 *JCP E* 1024 (n° 18).

⁶¹ S. GORRIAS et R. DAMMANN, préc., note 4.

