

Patrimoine. Comment éviter la faillite personnelle ?

● En 2015, plus de 43.000 entreprises ont été liquidées. Pour certains chefs d'entreprise, l'aventure ne s'arrête pas à la barre du tribunal de commerce et la faillite professionnelle peut se muer en faillite personnelle.

Dossier réalisé par Gilles Cayuela

Selon une étude réalisée récemment par le cabinet Altares, les défaillances d'entreprises (redressements, liquidations et sauvegardes) ont progressé de 0,8 % en 2015 pour atteindre les 63.081 unités. Avec 43.178 entreprises (+0,7 %), les liquidations judiciaires directes représentent la majorité des défaillances. Si ces défaillances ont un impact indéniable sur l'emploi (235.000 emplois directs concernés), elles peuvent aussi avoir des conséquences drama-

tiques pour le patrimoine même du chef d'entreprise. « Pour certains chefs d'entreprise qui sortent de l'audience du tribunal de commerce, c'est bien triste, mais c'est fini ! Pour d'autres, c'est bien triste, mais ça ne fait que commencer ! », résume avec pragmatisme et froideur Nathalie Finger-Ollier, ancien bâtonnier et actuelle directrice associée au sein d'Avocats & Partenaires.

Dirigeant responsable

En effet, même si un dirigeant de société est en principe



Faute d'avoir pris les bonnes décisions, la faillite professionnelle peut vite se transformer en faillite personnelle.

mieux protégé qu'un entrepreneur individuel - la société permettant de dissocier patrimoine professionnel et patrimoine personnel - il existe néanmoins des cas où il peut se retrouver redevable des dettes de son entreprise. « En théorie, si vous êtes en entreprise individuelle vous êtes plus exposé qu'en société, dans la mesure où le risque est limité à votre apport en capital.

Néanmoins, vous pouvez, en cas de fautes de gestion, vous trouver redevable du passif de votre entreprise », expose Sébastien Vidal, avocat d'affaires à Montpellier.

Non-respect des obligations légales d'établissement des comptes, retard dans le dépôt de la déclaration de cessation de paiements, manque de contrôle dans la gestion, investissements trop hasardeux,

poursuite d'une activité déficitaire, dépenses somptuaires et autres actes frauduleux... Dans le cas d'une procédure de liquidation, bon nombre de points peuvent être reprochés au dirigeant par le Tribunal de commerce et conduire ce dernier à prononcer un comblement en passif.

Des solutions préventives
Pour éviter que la faillite profes-

sionnelle ne se transforme donc en faillite personnelle, il convient de prendre en amont un certain nombre de dispositions.

La première, et non des moindres, est de bien choisir son statut juridique au moment du lancement de son activité. La seconde est d'avoir une vraie réflexion sur son régime matrimonial. « On peut opter pour un régime séparatiste et transférer une partie du patrimoine sur le conjoint pendant un temps. Une fois que le risque est moins élevé, que l'entreprise est plus grande, on peut rééquilibrer pour des raisons d'équité, et aussi pour transmettre », propose Charles Bienaimé, directeur de la gestion privée chez Meeschaert. Enfin, vous devrez aussi négocier avec votre banquier pour éviter de vous retrouver avec des cautions qui pèseront sur vous comme autant d'épées de Damoclès.

Bref, les solutions pour protéger son patrimoine personnel ne manquent pas. Encore faut-il les connaître et surtout les utiliser au bon moment. Car en matière de patrimoine comme en matière de gestion d'entreprise, mieux vaut prévenir que guérir !

Choisissez le bon statut juridique

« Le statut juridique de l'entreprise est la décision la plus importante à prendre quand on démarre son activité. La différence est grande en matière juridique, sociale, mais aussi en termes de protection patrimoniale », lance Gilles Haenel, conseiller en gestion du patrimoine en Lorraine.

L'entreprise individuelle

Si l'on part sur une entreprise individuelle, il existe deux solutions pour protéger son patrimoine personnel. La première, c'est la déclaration d'insaisissabilité qui consiste à déclarer ses biens immobiliers personnels comme insaisissables auprès d'un notaire. Cette déclaration, publiée au Service de publicité foncière de façon à être opposable aux créanciers, protège tous les biens fonciers bâtis ou non bâtis qui ne sont pas affectés à un usage professionnel. « La loi Macron a de fait étendu cette insaisissabilité à la résidence principale du chef d'entreprise sans que cela nécessite une déclaration », précise Sébastien Vidal, avocat d'affaires à Montpellier. « Attention, cette déclaration d'insaisissabilité doit être faite avant l'installation de la société. Il ne faut pas attendre d'être en difficulté », précise Nathalie Finger-Ollier, ancien bâtonnier et directrice associée chez Avocats & Partenaires.

La seconde option, c'est de recourir à l'EIRL (entreprise individuelle à responsabilité limitée). « Ce statut permet de déclarer au greffe un patrimoine personnel que vous affectez à votre activité professionnelle. En cas de faillite, c'est ce patrimoine qui pourra être saisi »,

explique Sébastien Vidal. Problème : ce patrimoine d'affectation doit être réévalué régulièrement. « Si je ne réactualise pas, si j'oublie de mettre ma voiture personnelle dont je me sers tous les jours pour aller au travail, c'est comme si je n'avais pas fait d'EIRL. Ma déclaration devient caduque. En prime, l'EIRL nécessite d'avoir des comptes bancaires séparés, d'avoir une comptabilité parfaitement à jour, de ne pas avoir déposé de bilan dans les cinq ans qui précèdent et de déposer ses comptes annuels au greffe. Bref, l'EIRL est une bonne idée, mais dans les faits, c'est une usine à gaz », précise Nathalie Finger-Ollier.

Les régimes de société

Mieux vaut donc opter d'emblée pour le régime des sociétés (SA, SARL ou SAS) qui permet de séparer de fait son patrimoine professionnel et personnel. « Le risque est limité à l'apport en capital de l'associé. Néanmoins, le dirigeant associé, lui, peut, en cas de faute de gestion, être redevable sur son patrimoine personnel du passif de la société. Si le gérant continue à exploiter une société qu'il sait en faillite, qu'il laisse une ardoise conséquente et continue parallèlement à se verser une rémunération conséquente, c'est une faute de gestion », développe Sébastien Vidal. Mais comme le rappelle Nathalie Finger-Ollier, « les actions de comblement en passif sont rares. Si j'ai trop commandé de stocks, si j'ai trop de salariés, on ne va pas me le reprocher. J'ai la liberté d'entreprendre, et donc de me tromper. »

Adaptez votre régime matrimonial

● Lorsque le patrimoine personnel est exposé au recours des créanciers, le régime matrimonial a toute son importance. Surtout si les époux n'ont pas opté pour un contrat de mariage.

Lorsque les biens personnels de l'entrepreneur sont exposés au recours des créanciers - c'est le cas en entreprise individuelle ou en société dans le cas d'une procédure de comblement en passif -, le régime matrimonial peut avoir une importance capitale.

« Si l'on est marié sous le régime de la communauté légale, les biens de l'entrepreneur et de son conjoint sont communs. En cas de divorce, on partage en deux et en cas de difficultés de l'entreprise, c'est l'intégralité du patrimoine qui peut-être appréhendé », expose Charles Bienaimé, directeur de la gestion privée chez Meeschaert.

Séparez les biens

Pour éviter une éventuelle faillite personnelle consécutive à une faillite professionnelle, il convient donc d'avoir une vraie réflexion sur son régime matrimonial. « Il ne faut pas forcément changer de régime, mais il faut au moins se poser la question, évaluer et mesurer les risques avec son expert-comptable, son conseiller en patrimoine. Opter pour un contrat de mariage avec séparation de



Qui dit biens communs peut aussi vouloir dire responsabilité commune !

biens pure et simple ou avec société d'acquêts, qui permet de mettre certains biens en commun, peut-être une solution », explique Gilles Haenel, conseiller en patrimoine en Lorraine.

En effet, ne pas engager le patrimoine des deux conjoints permet de protéger le patrimoine personnel d'au moins l'un des deux contre la saisie des créanciers. « Attention, le contrat de mariage avec séparation de biens ne vous met pas complè-

tement à l'abri. Il peut y avoir des abus. Si l'on voit que tous les biens de l'un ont été achetés avec l'argent de l'autre qui a cherché à se protéger, cela peut partir sur du pénal. Le contrat de mariage n'est donc pas l'arme absolue surtout qu'il y a le risque pour l'entrepreneur de tout perdre en cas de divorce », argumente Sébastien Vidal, avocat d'affaires à Montpellier.

Fléchez d'où vient l'argent
Autre limite aux régimes de

séparation de biens : la provenance de l'argent investi dans l'entreprise.

« Si en régime de séparation on crée un compte joint, on recrée une communauté. Si l'argent mis au capital de l'entreprise sort de ce pot commun, on est de nouveau sous le régime de la communauté », expose Nathalie Finger-Ollier. Pour cette directrice associée du cabinet Avocats & Partenaires, le régime matrimonial a certes son importance, mais il convient d'être pointu sur la provenance de l'argent au moment de constitution du capital de la société.

« Si je mets au capital de l'argent que mon père m'a donné et que cet argent va sur un compte à mon nom, que je sois marié sous le régime de la communauté ou de la séparation des biens, j'ai créé un lien extérieur qui me permet de prouver que cet argent m'est propre », argumente Nathalie Finger-Ollier. Opter pour la séparation des biens est donc une solution intéressante. Mais pour vraiment sécuriser la situation, il faut aussi penser à bien flécher d'où vient l'argent que vous allez investir dans votre entreprise.

Minimisez les effets du cautionnement

• Pour protéger son patrimoine personnel en cas de faillite, la première des règles est d'éviter ou de minimiser les cautions personnelles.

« Dans l'absolu, on conseille toujours au chef d'entreprise d'éviter les cautions, mais ce n'est pas toujours possible. Dans les faits, les banquiers, pour financer une entreprise demandent souvent à son dirigeant de se porter caution », lance Sébastien Vidal, avocat d'affaires à Montpellier. En cas de faillite professionnelle, le chef d'entreprise doit alors s'acquitter de ses cautions qui, prises à titre personnel, peuvent rapidement entamer son patrimoine.

Privilégiez les garanties réelles
Pour éviter cet écueil, et à défaut de pouvoir refuser une caution, il convient d'en minimiser les effets. Comment ? D'abord en privilégiant les garanties bancaires réelles ou garanties bancaires personnelles. « Il est toujours plus intéressant d'offrir une garantie réelle au banquier que d'être soi-même la garantie. Par exemple, j'achète du stock, je gage le stock. J'achète un fonds de commerce, je nantis ce fonds de commerce. J'achète un bien immobilier professionnel, je donne une hypothèque. Bref, chaque fois que je peux proposer au banquier d'avoir un bien



En négociant avec votre banquier, vous pouvez peut-être à réduire le montant et la durée de votre caution.

en garantie, c'est une façon de me soulager d'un risque financier à titre personnel », argumente Nathalie Finger-Ollier, directrice associée au sein du cabinet Avocats & Partenaires.

Pensez à négocier avec votre banquier
Si ce n'est pas possible, il convient alors de « négocier

avec son banquier pour que l'engagement de la caution personnelle soit le plus petit possible », explique Sébastien Vidal. « Il faut essayer de faire en sorte que la garantie personnelle soit la plus limitée possible en termes de montant et de durée. C'est une négociation que l'on doit avoir avec

son banquier », abonde Nathalie Finger-Ollier. Dans certains cas, la négociation peut s'avérer difficile, surtout si vous avez le couteau sous la gorge. « C'est ce que j'appelle les cas de "violence économique" où l'on n'a pas le choix car la situation est tellement détériorée que c'est cela ou rien », explique la directrice associée d'Avocats & Partenaires.

Attention aux engagements disproportionnés !

Dans ce cas, tout n'est pas perdu pour autant. « L'idéal est bien entendu d'avoir une caution personnelle à durée indéterminée et d'en sortir le plus vite possible. Après, il existe des règles de droits qui font qu'un engagement qui est disproportionné au moment où il est souscrit, peut être nul d'effet lorsque la caution est appelée », assure Sébastien Vidal. En effet, si l'engagement demandé par le banquier est disproportionné au regard de la situation personnelle du chef d'entreprise, l'avocat peut parfaitement arriver à faire sauter le cautionnement.

« Mais c'est au cas par cas. Il faut donc être vigilant lorsque l'on s'engage à titre personnel », conclut Nathalie Finger-Ollier.

Pensez à la fiducie

Pour éviter de voir son patrimoine personnel amputé par un comblement en passif inhérent à une éventuelle faute de gestion, il existe un mécanisme appelé la fiducie.

« C'est un mécanisme très peu utilisé mais qui permet de "sortir son patrimoine », lance Nathalie Finger-Ollier de chez Avocats & Partenaires.

« Le principe, c'est de transférer le patrimoine du constituant vers le patrimoine flottant du fiduciaire. Ce fiduciaire, qui peut être une banque ou un avocat, va administrer ce patrimoine au bénéfice du constituant de la fiducie », explique plus en détails Sébastien Vidal, avocat d'affaires à Montpellier. La fiducie permet donc de transférer des biens, des droits et des sûretés, présents ou futurs, vers un ou plusieurs fiduciaires qui vont ainsi les tenir dans un patrimoine d'affectation spécifique, séparé de leur propre patrimoine. En clair, le chef d'entreprise transfère temporairement son patrimoine personnel, ce qui lui permet de le mettre à l'abri des créanciers professionnels. Bien entendu, il y a des limites à ce système. Il ne faut pas qu'il y ait un seul bénéficiaire, mais le chef d'entreprise peut en

faire bénéficier des membres de sa famille. « L'intérêt, c'est que si demain l'entreprise se plante et que le chef d'entreprise est poursuivi pour comblement en passif, il n'a pas de patrimoine personnel. Le patrimoine est dans la fiducie. Même s'il en est le bénéficiaire, ces biens ne sont donc pas saisissables au moins durant toute la durée du contrat de fiducie », explique Sébastien Vidal.

Attention aux abus !

Petit bémol, cette fiducie doit être constituée suffisamment tôt. « Il ne faut pas attendre que les choses tournent mal. Si je suis criblé de dettes, la fiducie ne marchera pas. Il faut donc la prévoir bien amont, quand tout va bien pour son entreprise », précise Sébastien Vidal. « Monter une fiducie quand les choses vont mal reviendrait à organiser son insolvabilité. Or, il ne faut pas oublier que 18 mois avant un dépôt de bilan, il y a un délai qui s'appelle la période suspecte. Durant celle-ci, le Tribunal de commerce peut remettre en question chaque option prise par le chef d'entreprise », prévient Nathalie Finger-Ollier. Attention donc aux abus !

Rééquilibrez vos patrimoines

• Le chef d'entreprise qui ne bénéficie pas d'assurance chômage peut se retrouver en difficulté s'il ne s'est pas constitué un patrimoine personnel durant son activité.

« Le chef d'entreprise passe son temps à pédaler le plus vite possible pour que son activité devienne la plus grosse possible et oublie souvent la finalité qui est de se constituer un patrimoine pour protéger sa famille », lance Charles Bienaimé, directeur de la gestion privée chez Meeschaert.

En effet, beaucoup de chefs d'entreprise ont des scrupules à se rémunérer correctement et à se constituer un patrimoine personnel. Ils estiment que laisser leur argent dans l'entreprise est la meilleure façon de la protéger en cas de coup dur. « Je vois beaucoup de chefs d'entreprise qui ont tendance à laisser dans l'entreprise une trésorerie qui n'est pas nécessaire à la bonne conduite de leur affaire. S'il n'y a pas de projet d'investissement industriel ou de croissance externe, à quoi bon conserver une trésorerie trop importante ? Pour ne pas être redevable de l'ISF ? Ce calcul n'est pas toujours le bon ! Quand l'entreprise commence à avoir des difficultés, le premier réflexe c'est de puiser dans cette trésorerie pour restaurer la bonne marche de l'entreprise. Malheureusement, parfois cette situation résulte non pas d'une difficulté ponctuelle mais plutôt structurelle avec un marché qui évolue. Dans ce cas, l'entreprise se retrouve dans une phase de décroissance que l'on ne peut pas indéfiniment redresser en



Pensez à transformer votre trésorerie dormante en patrimoine personnel.

piochant dans la trésorerie. C'est comme ça que l'on abandonne ses liquidités, que l'on endette son entreprise et que l'on finit parfois par s'endetter soi-même et gâcher son patrimoine personnel », développe Charles Bienaimé.

Dividendes, OBO et GSC

Pour ne pas tomber dans cette spirale, le directeur de la gestion privée de chez Meeschaert préconise donc de « rééquilibrer assez régulièrement son patrimoine privé et son patrimoine professionnel ». Comment ? « Cela peut se faire sous forme de dividendes, mais aussi d'OBO (Owner Buy Out) si votre entreprise gagne suffisamment d'argent. »

Le principe de ce montage particulier de rachat d'entreprise ? Le dirigeant créé une holding avec un ou plusieurs tiers investisseurs pour racheter 100 % des parts de sa propre entreprise. Grâce à l'argent apporté en cash par le dirigeant et les investisseurs tiers, la holding peut s'endetter auprès d'une banque pour racheter l'entreprise cible.

« L'intérêt de cette opération, c'est de permettre au dirigeant de transformer son patrimoine professionnel en patrimoine privé, donc en liquidités, et de pouvoir associer ses héritiers au capital pour préparer sa transmission », argumente Charles Bienaimé. Pour se constituer des liquidi-

tés et donc un patrimoine personnel, le chef d'entreprise peut aussi souscrire une garantie sociale du chef d'entreprise (GSC). Elle permettra à ce dernier d'obtenir un revenu en cas de perte d'emploi. En effet, les entrepreneurs et mandataires sociaux, non salariés, ne perçoivent pas d'indemnités chômage classiques. La GSC est une alternative intéressante « pour éviter en plus de la faillite professionnelle, la faillite personnelle », résume Gilles Haenel, conseiller en gestion de patrimoine en Lorraine.

Attention à la faute de gestion

Autre solution, « si l'entreprise marche bien et a besoin de nouveaux locaux, le dirigeant peut décider d'acheter des locaux à titre personnel et de les louer à sa propre société. À partir du moment où on respecte les prix du marché, il suffit de passer une convention réglementée entre la société et le propriétaire des murs », explique Sébastien Vidal, avocat d'affaires à Montpellier. Et d'ajouter : « L'intérêt, c'est que la société vient payer l'achat des murs et permet ainsi au dirigeant de se constituer du patrimoine personnel. Bref, on peut imaginer des choses intelligentes, mais attention à ne pas trop ponctionner la société. Si cette dernière est en difficulté, cela peut-être considéré comme une faute de gestion. »

Souscrivez une assurance spécifique RCMS



Souscrire une assurance responsabilité civile des mandataires sociaux permet de protéger le dirigeant, mais aussi la société et ses actionnaires.

Pour couvrir ses responsabilités civiles, il existe une assurance spécifique baptisée Responsabilité civile des mandataires sociaux (RCMS).

Elle permet d'assurer les dirigeants personnes physiques contre les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile qu'ils peuvent encourir du fait de fautes, omissions, inexactitudes, fausses interprétations des textes légaux ou réglementaires commis dans l'exercice de leur fonction. En clair, si vous êtes jugé cou-

pable d'une faute de gestion et que vous êtes appelé en comblement de passif, l'assureur prendra en charge le règlement. Cela vous permettra de protéger alors de fait votre patrimoine personnel.

Autre intérêt, l'assurance RCMS ne protège pas que les dirigeants, mais aussi la société et ses actionnaires contre les agissements répréhensibles de ses dirigeants. Agissements qui peuvent se traduire par des pertes pour la société.

LES POINTS CLÉS

- > **Choisissez le bon statut juridique.** Privilégiez la société à l'entreprise individuelle. Votre patrimoine personnel sera alors moins exposé.
- > **Adaptez votre régime matrimonial.** Optez pour un régime de séparation des biens afin de protéger le patrimoine de votre conjoint.
- > **Négociez avec votre banquier.** C'est indispensable pour limiter les effets des cautions personnelles qu'il cherchera à vous imposer.