

**La protection du patrimoine de l'entrepreneur**

Sous la direction du Professeur Pierre Crocq

Mémoire d'admission  
Master II professionnel Juriste d'affaires

Gontran Simonnet

10 mai 2010

Je tiens à remercier Monsieur le Professeur P. Crocq pour son aide, ses précieux conseils et sa très grande disponibilité.

L'université Panthéon-Assas (Paris II) Droit – Economie – Sciences Sociales, n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire.

Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

## Sommaire

PREMIERE PARTIE : LES INSTRUMENTS JURIDIQUES DE PROTECTION DU PATRIMOINE DE L'ENTREPRENEUR .....	7
--	---

CHAPITRE 1 Les instruments juridiques visant à sauvegarder des biens privés .....	7
---	---

CHAPITRE 2 Les instruments juridiques visant à affecter des biens à l'activité professionnelle .....	14
--	----

DEUXIEME PARTIE : LES LIMITES DE LA PROTECTION DU PATRIMOINE DE L'ENTREPRENEUR .....	35
--	----

CHAPITRE 1 Les obstacles à la mise en place d'instruments de protection du patrimoine ...	35
---	----

CHAPITRE 2 L'efficacité relative des instruments de protection lors d'une procédure collective .....	50
--	----

## Introduction

« Il faut toujours prendre le maximum de risques avec le maximum de précautions »<sup>1</sup>, telle pourrait être la devise de tout entrepreneur. Les risques, inhérents à toute activité humaine, font l'objet d'un partage entre les Hommes. De ce partage naît un pacte social qui établit le degré de solidarité d'une société. Fruit d'un choix politique, il doit parvenir à un juste équilibre. Un degré de solidarité trop important freinerait la création d'entreprises, un individualisme effréné risquerait d'affecter la paix sociale. Ce constat est le fil d'Ariane qui doit guider le législateur dans la fixation des règles de droit, en particulier celles régissant la protection du patrimoine de l'entrepreneur individuel.

Par entrepreneur, il faut entendre « celui qui possède et exploite son entreprise »<sup>2</sup>. Ce terme ne fait allusion à aucun régime juridique déterminé. Il vise toute personne physique qui souhaite créer une entreprise, une structure économique et sociale qui regroupe des moyens humains, matériels, immatériels et financiers, qui, combinés de manière organisée pour fournir des biens ou des services à des clients, répondent davantage à un objectif de subsistance que d'expansion économique.

La notion de patrimoine peut revêtir deux acceptions. Selon le Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant, le patrimoine est l'ensemble des biens et des obligations d'une même personne, en d'autres termes la réunion de l'actif et du passif. Dans une vision plus économique, le patrimoine est l'ensemble des actifs d'une personne. Associé au terme « protection », le patrimoine sera retenu dans cette seconde acception. La protection vise l'ensemble des moyens de droit tendant à préserver ce sur quoi elle porte, le patrimoine. Les moyens de fait, tels que la constitution de « bas-de-laine » ou de comptes secrets à l'étranger seront exclus du champ de ce mémoire.

Pour mieux appréhender l'intérêt du présent objet d'étude, il convient de partir d'un constat. Aujourd'hui, la plupart des entrepreneurs exerce en nom propre, autrement dit sous la forme d'une entreprise individuelle. Cette dernière n'est pas un sujet de droit distinct de la personne physique. Le patrimoine de l'entrepreneur individuel constitue le gage de l'ensemble de ses créanciers, que leurs créances soient de nature personnelle ou professionnelle. Cette

---

<sup>1</sup> Rudyard Kipling, auteur du Livre de la jungle

<sup>2</sup> X. de ROUX, Mercredi 5 novembre 2008

règle résulte de la conception française du patrimoine. Du principe d'unicité du patrimoine, selon lequel toute personne a un seul et unique patrimoine, découle celui d'indivisibilité du gage général des créanciers.

En cas de difficultés, l'entrepreneur relèvera de l'application des procédures collectives du livre VI du code de commerce et non de la procédure de surendettement en vertu de l'article L. 333-3 du code de la consommation<sup>3</sup>. Certes, pour gagner, il faut risquer de perdre. Mais tout perdre est peut être excessif. Comme le rappelle M. Richard Yung, sénateur, « *[l'entrepreneur individuel] se trouve confronté au risque de perdre sa voiture, sa maison, sa femme, de voir sa famille brisée et, finalement, de tomber dans l'opprobre du ruisseau ?* »<sup>4</sup>. Ce constat peut paraître encore plus bouleversant au regard de la part prise par les entreprises individuelles dans le nombre total d'entreprises. Au 1<sup>er</sup> janvier 2008, sur les 3 003 693 entreprises recensées en France par l'INSEE, 1 544 130 prenaient la forme d'une société, soit 51,4 %, et 1 459 563 étaient des personnes physiques exerçant en nom propre, soit 48,6 %. S'en est suivi un accroissement significatif du nombre d'entreprises individuelles avec le succès du régime de l'auto-entrepreneur. En mars 2010, sur les 69 699 entreprises créées en France, 43 828 (62,88%) étaient des entreprises individuelles ayant adopté le statut d'auto-entrepreneur, 9 967 (14,30%) étaient d'autres entreprises individuelles et 16 004 (22,96%) étaient des sociétés<sup>5</sup>. Enfin, le nombre d'entreprises individuelles a vocation à s'accroître avec le reflux actuel de l'emploi salarié.

Selon Jean Arthuis, sénateur, « *une des caractéristiques de notre état de droit réside dans le hiatus existant entre l'importance des entreprises individuelles qui (...) constituent la trame du tissu économique et social de la France, et l'indigence de la condition juridique qui leur est réservée* »<sup>6</sup>. Ce constat, que nous pensons sévère, amène à s'interroger sur les moyens de protection du patrimoine de l'entrepreneur. Au cours de la seconde moitié du XX<sup>ème</sup> siècle est émergée la volonté politique de protéger l'entrepreneur. La difficulté réside dans sa mise en équation juridique. Le tandem simplicité pour l'entrepreneur / sécurité juridique pour ses partenaires a souvent guidé le législateur. On peut, à grands traits, retenir deux moments

---

<sup>3</sup> Article L333-3 Cconso : « *Les dispositions du présent titre ne s'appliquent pas lorsque le débiteur relève des procédures instituées par les lois n° 84-148 du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, n° 88-1202 du 30 décembre 1988 relative à l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social et n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises* ».

<sup>4</sup> Séance au Sénat du 5 mai 2010

<sup>5</sup> Source INSEE, Séries longues : Créations d'entreprises.

<sup>6</sup> Jean ARTHUIS, rapport n°287 relatif à l'EURL.

clefs dans l'histoire de cette protection. D'abord, le législateur a permis à l'entrepreneur, par le truchement de la personne morale, de limiter sa responsabilité. L'Entreprise Unipersonnelle à responsabilité limitée était née. Face à un succès en demie teinte, le législateur a ensuite permis à l'entrepreneur personne physique de déclarer sa résidence principale insaisissable. Il se place moins sur le terrain du droit des sociétés que sur celui du droit des saisies. La protection est limitée à un bien déterminé. L'année 2010 va peut être devenir le 1789 des entrepreneurs. Le gouvernement a déposé un projet de loi visant à créer un statut d'entrepreneur à responsabilité limitée, sorte de patrimoine d'affectation à la française. Ayant fait l'objet de divergences au sein du Parlement, le texte est passé en commission mixte paritaire et doit encore être adopté par l'Assemblée nationale<sup>7</sup>.

Dans quelle mesure l'entrepreneur peut-il protéger son patrimoine des aléas de son activité professionnelle ?

Cette problématique nous conduira à analyser les différents instruments de protection dont dispose l'entrepreneur (PREMIERE PARTIE) puis les limites de cette protection (DEUXIEME PARTIE).

---

<sup>7</sup> Il figure à l'ordre du jour de la séance du mercredi 12 mai 2010.

## **PREMIERE PARTIE : LES INSTRUMENTS JURIDIQUES DE PROTECTION DU PATRIMOINE DE L'ENTREPRENEUR**

La protection patrimoniale peut revêtir deux formes. La première consiste à sauvegarder certains biens privés des conséquences d'une mésaventure professionnelle (chapitre 1). La seconde consiste à affecter certains biens à l'activité professionnelle (chapitre 2).

### **CHAPITRE 1 Les instruments juridiques visant à sauvegarder des biens privés**

L'entrepreneur pourra recourir à des instruments juridiques du droit commun, qui ne lui sont pas spécialement destinés (section 1), ou bien recourir à des instruments pensés pour sa protection (section 2).

#### **Section 1 L'utilisation d'instruments juridiques de droit commun**

Deux outils peuvent être utilisés pour préserver le patrimoine de l'entrepreneur en nom propre, les régimes matrimoniaux à tendance séparatiste (§ 1) et la fiducie gestion ayant pour objet des biens privés (§ 2).

##### ***§ 1. Les régimes matrimoniaux à tendance séparatiste***

La difficulté réside dans la recherche simultanée de deux objectifs, isoler certains biens des créanciers professionnels tout en faisant participer également les deux époux à l'accroissement du patrimoine. Le régime légal de la communauté réduite aux acquêts s'avère inadapté pour protéger le patrimoine familial. En effet, l'article 1413 dispose que « *le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs, à moins qu'il n'y ait eu fraude de l'époux débiteur et mauvaise foi du créancier, sauf la récompense due à la communauté s'il y a lieu* ». Il ressort de ce texte que le paiement des dettes professionnelles contractées pendant le mariage peut être poursuivi sur les biens communs<sup>8</sup>. Seuls les biens propres du conjoint sont à l'abri des poursuites des créanciers professionnels.

---

<sup>8</sup> Il existe une exception : Art. 1415 Cciv : si la dette résulte d'un cautionnement ou d'un emprunt, les créanciers ne peuvent saisir que les biens propres de l'époux débiteur et ses revenus, sauf si le conjoint a consenti à l'acte.

L'entrepreneur peut opter pour un régime de séparation de biens beaucoup plus protecteur du patrimoine familial. Chacun des époux a alors un patrimoine personnel et il n'y a pas de masse commune. En vertu de l'article 1536 alinéa 2 du Code civil, *chacun [des époux] reste seul tenu des dettes nées en sa personne avant ou pendant le mariage, hors le cas de l'article 220<sup>9</sup>* ». Les créanciers professionnels de l'époux entrepreneur ne peuvent agir que contre le patrimoine personnel de ce dernier, à l'exclusion de celui de son conjoint. Les praticiens ont développé un stratagème consistant à mettre certains biens au nom du conjoint n'exerçant pas d'activité entrepreneuriale<sup>10</sup>. Si des biens sont acquis en indivision par le couple, les créanciers de l'entrepreneur pourront provoquer le partage afin d'obtenir le paiement de leurs créances.

Entre ces deux extrêmes, l'entrepreneur peut choisir un régime à mi chemin. En premier lieu, l'entrepreneur peut choisir le régime de séparation de biens avec société d'acquêts : les biens propres du non entrepreneur sont préservés et on introduit une dose de communauté. En second lieu, l'entrepreneur peut opter pour la participation aux acquêts, qui fonctionne comme le régime de séparation de biens pendant le mariage : les créanciers professionnels ne pourront agir que contre les biens personnels de l'entrepreneur. A la liquidation, ce régime se mute en quelque sorte en régime communautaire puisque les richesses créées pendant le mariage sont, pour simplifier, partagées par parts égales. Un entrepreneur ayant développé son entreprise pendant le mariage pourrait ainsi être obligé de céder son entreprise en cas de divorce afin de régler la créance de participation. Pour remédier à cet inconvénient, la participation aux acquêts peut être limitée aux biens privés en stipulant une clause d'exclusion des biens professionnels.

In fine, les régimes matrimoniaux peuvent s'avérer être un outil efficace de protection du patrimoine de l'entrepreneur. Il faudra aussi prendre en compte les problématiques de pouvoirs des époux et des conséquences sur le sort de l'entreprise en cas de divorce. Le choix d'un régime conventionnel exige de passer devant un notaire. Après deux années d'application du régime matrimonial, les époux peuvent décider de modifier ou de changer de régime dans l'intérêt de la famille<sup>11</sup>. Un droit d'opposition est octroyé au créancier.

---

<sup>9</sup> L'article 220 établit une solidarité entre les époux pour les dettes contractées pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants.

<sup>10</sup> Cela ne va pas sans poser de difficultés en cas de séparation.

<sup>11</sup> Art. 1397 al1Ccivil.



## **§ 2. La fiducie gestion ayant pour objet des biens privés**

Certains praticiens ont incité les entrepreneurs à constituer une société civile, immobilière par exemple, afin d'y loger certains biens. L'intérêt est alors limité car un bien sort du gage général (l'immeuble) et un autre y est ajouté (les droits sociaux). L'objectif était avant tout de retarder ou de compliquer la saisie pour le créancier. Désormais, le droit français a ouvert la porte à un instrument de protection du patrimoine plus efficace, la fiducie.

La fiducie a été introduite en France par loi du 19 février 2007. Il s'agit d'une « opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires »<sup>13</sup>. Une des formes de fiducie, la fiducie gestion, peut être utilisée par un entrepreneur pour isoler certains biens privés et les soustraire du gage général de ses créanciers. « Les éléments d'actif et de passif transférés [...] forment [alors] un patrimoine d'affectation »<sup>14</sup>. Jadis réservée aux personnes morales passibles de l'impôt sur les sociétés, la fiducie a été étendue aux personnes physiques par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008. M. Hervé Novelli avait d'ailleurs présenté cette mesure comme l'une des « réponses » du Gouvernement à la question du patrimoine d'affectation de l'entrepreneur individuel lors des débats à l'Assemblée nationale<sup>15</sup>.

Trois personnages interviennent lors de l'opération : le constituant (l'entrepreneur), le fiduciaire (banque ou avocat) et le bénéficiaire (qui sera certainement l'entrepreneur). L'entrepreneur veillera à bien déterminer les biens privés faisant l'objet du transfert, sous peine de nullité<sup>16</sup>.

L'opération a pour effet de créer une sorte de « patrimoine flottant dans les airs » sur lequel les créanciers en présence n'ont qu'un droit limité. D'abord, les créanciers personnels du fiduciaire n'ont aucun droit, même en cas d'ouverture d'une procédure collective au profit de ce dernier<sup>17</sup>. Ensuite, les créanciers du constituant (entrepreneur) n'ont aucun droit sur le patrimoine fiduciaire sous réserve de ceux titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté

---

<sup>13</sup> Art. 2011 Cciv

<sup>14</sup> Article 12 I de la loi.

<sup>15</sup> M. Laurent BÉTEILLE

<sup>16</sup> Art. 2018 Cciv

<sup>17</sup> Art. 2024 Cciv

publiée antérieurement au contrat de fiducie et de ceux victimes de fraude à leurs droits<sup>18</sup>. Certes, en contrepartie de la mise en fiducie, le constituant devient créancier. Mais cette créance peut n'être exigible qu'à l'échéance du contrat de fiducie<sup>19</sup>. In fine, seuls les créanciers de la gestion ou conservation du patrimoine fiduciaire peuvent faire saisir des biens de ce patrimoine. Cet instrument s'avère donc très intéressant lorsque le bien mis en fiducie ne génère pas de passif.

A ces instruments empruntés au droit commun, il faut ajouter des instruments juridiques propres à la protection des biens privés de l'entrepreneur.

## **Section 2 L'utilisation d'instruments juridiques spécifiques**

D'abord timide en instaurant un simple principe de subsidiarité des poursuites des biens privés (§ 1), le législateur a ensuite permis à l'entrepreneur de déclarer certains biens insaisissables (§ 2).

### ***§ 1. Le principe de subsidiarité des poursuites des biens privés<sup>20</sup>***

La loi dite « Madelin » du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle a introduit un tempérament au principe selon lequel le créancier a le choix des mesures propres à assurer l'exécution ou la conservation de sa créance<sup>21</sup>. L'entrepreneur individuel peut demander au créancier professionnel que l'exécution de sa créance soit poursuivie en priorité sur les biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise. Cette mesure apparaît d'une faible efficacité au regard de ses conditions d'application rigoureuses et de ses effets.

La loi exige la réunion de deux conditions. D'abord, la créance doit être contractuelle et avoir sa cause dans l'activité professionnelle de l'entrepreneur. Ensuite, l'entrepreneur doit établir que les biens professionnels sont d'une valeur suffisante pour garantir le paiement de la créance.

---

<sup>18</sup> Art. 2025 Cciv

<sup>19</sup> Le contrat de fiducie peut durer 99 ans. (Art. 2018 2° Cciv).

<sup>20</sup> Ce principe de subsidiarité joue aussi lors de la constitution de sûretés. Cf infra.

<sup>21</sup> Art. 22 Loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

Les effets sont très limités. Il ne s'agit pas d'instaurer une insaisissabilité mais d'une simple subsidiarité dans la poursuite des biens privés. Si les biens professionnels sont insuffisants, le créancier pourra poursuivre l'exécution de sa créance contre les biens privés.

## ***§ 2. La déclaration d'insaisissabilité***

La déclaration d'insaisissabilité a été introduite par la loi pour l'initiative économique du 1<sup>er</sup> août 2003. Elle permet à une personne physique de rendre certains biens immobiliers insaisissables par les créanciers professionnels. On peut d'ores et déjà remarquer le contraste entre la volonté affichée du législateur (« pour l'initiative économique ») et le faible résultat, la protection n'intervenant qu'au stade ultime des procédures civiles d'exécution<sup>22</sup>. Il convient d'étudier le champ d'application (A), les modalités d'accomplissement (B) puis les effets d'une telle déclaration (C).

### **A- Le champ d'application de la déclaration**

Ce dernier fait l'objet d'une double délimitation, quant aux personnes et quant aux biens visés.

S'agissant du champ *rationae personae*, l'article L. 526-1 du Code de commerce vise d'une part les personnes physiques immatriculées à un registre de publicité légale à caractère professionnel et d'autre part celles exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante. Sont ainsi exclus les biens appartenant à une personne morale. Ainsi, ne peut faire l'objet d'une déclaration d'insaisissabilité un immeuble détenu par une société civile, alors même qu'une personne physique remplissant les conditions serait détentrice des parts sociales de cette société<sup>23</sup>.

Le champ d'application *rationae materiae* a fait l'objet d'une extension récente. A l'origine, la loi ne visait que les droits sur l'immeuble où était fixée la résidence principale de la personne physique. On peut ici percevoir le mouvement général de sacralisation du logement familial.

La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a élargi le domaine de l'insaisissabilité aux droits sur tout bien foncier bâti ou non bâti non affecté à l'usage professionnel. Les meubles et les immeubles affectés à l'activité professionnelle demeurent donc exclus du

---

<sup>22</sup> Certes, in fine, certains actifs sont effectivement protégés.

<sup>23</sup> Rép. min. n° 52819, JOAN Q. 5 avr. 2005, p. 3540.

champ d'application de la déclaration d'insaisissabilité. Cette dernière exclusion mérite d'être approuvée dans la mesure où l'immeuble affecté à l'activité professionnelle fait partie du gage apparent des créanciers professionnels<sup>24</sup>. En outre, il est possible de déclarer insaisissable la partie d'un bien foncier à usage mixte, non affectée à un usage professionnel<sup>25</sup>.

### B- Les modalités d'accomplissement

La déclaration doit être reçue par notaire sous peine de nullité et doit contenir la description détaillée des biens et de leur caractère propre, commun ou indivis.

Elle fait ensuite l'objet d'une double mesure de publicité. L'une est inhérente à la nature immobilière du bien en cause, il s'agit de la publication au bureau des hypothèques. L'autre vise à renforcer l'information des créanciers, il s'agit de la mention au registre de publicité légale ou d'une publication dans un journal d'annonces légales<sup>26</sup>.

### C- Les effets de la déclaration

L'article L. 526-1 du Code de commerce introduit une dérogation aux articles 2284 et 2285 du Code civil en soustrayant certains biens du droit de gage général des créanciers. Toutefois, les effets sont encadrés d'un double point de vue. D'une part, la déclaration n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers dont les droits naissent postérieurement à la publication. Les créanciers antérieurs, qui se sont engagés à la vue d'un immeuble dans le patrimoine de l'entrepreneur, peuvent donc saisir ledit immeuble. Cela donne lieu à des complications lors d'une procédure collective<sup>27</sup>.

D'autre part, la déclaration n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers professionnels, plus précisément des créanciers dont les droits sont nés à l'occasion de l'activité professionnelle du déclarant. Les biens déclarés insaisissables peuvent donc toujours être saisis par les autres créanciers, les créanciers privés.

Les effets peuvent être reportés en cas de cession des droits immobiliers sur la résidence principale. Le mécanisme de report se déroule en deux temps. D'abord, le prix de

---

<sup>24</sup> On pourrait toutefois objecter à cet argument que l'immeuble loué apparaît être gage de l'activité aux yeux des créanciers professionnels. Or, ce dernier ne peut pas être saisi par eux. De la même manière, un bien immobilier affecté à l'activité professionnelle pourrait apparaître comme gage de l'activité et ne pas en être un après déclaration notariée.

<sup>25</sup> Pour le détail, cf art. L. 526-1 alinéa 2.

<sup>26</sup> S'agissant des avocats, le tableau des avocats ne constituant pas un registre de publicité légale, la déclaration doit être publiée dans un journal d'annonces légales (Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mai 2007).

<sup>27</sup> Cf infra.

vente sera insaisissable sous la condition de son emploi, dans le délai d'un an, à l'acquisition d'une résidence principale à l'exclusion de tout autre bien immobilier<sup>28</sup>. Ensuite, l'insaisissabilité se reporte sur ce bien à hauteur de la fraction du bien financée par le prix de cession<sup>29</sup>. Une nouvelle déclaration d'insaisissabilité peut donc être nécessaire pour le surplus. « *L'entrepreneur est ainsi en mesure de changer de résidence principale en gardant le bénéfice de l'insaisissabilité à compter de la date de la publication initiale* »<sup>30</sup>.

Les effets prennent fin au décès du déclarant. La protection patrimoniale ne joue que du vivant de l'entrepreneur et ne se transmet pas aux héritiers. Le régime de la déclaration d'insaisissabilité est donc beaucoup moins abouti que ceux des sociétés ou de l'EIRL.

*Le devenir de la déclaration d'insaisissabilité.* Le projet de loi relatif à l'EIRL prévoyait la suppression de cette déclaration<sup>31</sup>. L'Assemblée nationale a voté en faveur de son maintien puis le Sénat a opté pour sa suppression<sup>32</sup>. Toutefois, les déclarations effectuées antérieurement continueront de produire leurs effets, de sorte que les droits acquis ne seront pas remis en cause.

On peut néanmoins s'interroger sur l'opportunité d'une telle suppression.

En faveur de son maintien, on peut faire valoir que les entrepreneurs peuvent ne pas vouloir constituer une EIRL au regard des formalités à accomplir. Ils pourraient alors se tourner vers la déclaration d'insaisissabilité. Il faut noter que le patrimoine des Français était composé aux deux tiers de biens immobiliers selon l'INSEE, au 31 décembre 2009. Infogreffe un total cumulé d'environ 12 000 déclarations d'insaisissabilité et l'étude d'impact relatif à l'EIRL note une forte augmentation du nombre de déclaration en 2009. Son coût est d'environ 500 euros quelle que soit la valeur du bien.

---

<sup>28</sup> L'extension du champ de la déclaration d'insaisissabilité n'est donc pas pleine et entière. En effet, le mécanisme de report ne joue pas si le prix de vente est utilisé en vue de l'acquisition d'un immeuble qui n'est pas la résidence principale de l'entrepreneur.

<sup>29</sup> Pour le détail, cf L. 526-3 Ccom. En particulier, nécessité d'une déclaration de emploi des fonds.

<sup>30</sup> Jean-Jacques HYEST, rapport déposé le 24 mars 2010.

<sup>31</sup> Article 6 : « *Aucune publication de la déclaration mentionnée au premier alinéa ne peut intervenir plus de neuf mois après la date de publication de la loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée* ».

<sup>32</sup> Sur proposition de M. Philippe Dominati, qui estime que « l'EIRL offre un dispositif de protection patrimoniale complet et il n'est donc pas nécessaire de conserver l'insaisissabilité de la résidence principale. Amendement de clarification et de simplification du droit ».

En faveur de sa suppression, JJ HYEST<sup>33</sup> fait valoir les complications juridiques en cas de cumul d'une déclaration avec une EIRL. En effet, la résidence principale déclarée insaisissable peut être utilisée pour partie pour l'activité professionnelle et donc être affecté au patrimoine professionnel. On introduirait ainsi une dérogation à la règle selon laquelle le patrimoine affecté constitue le gage des créanciers professionnels. Un bien affecté au patrimoine professionnel n'est plus gage des créanciers professionnels<sup>34</sup>. Cela a pour effet de brouiller les règles du jeu et de réduire la lisibilité voulue par le législateur. La CMP (Commission mixte paritaire) a finalement rétabli le maintien de la déclaration d'insaisissabilité<sup>35</sup>.

L'entrepreneur peut se placer non plus dans une optique de protection directe des biens privés mais dans celle d'une protection indirecte. Elle consiste à affecter des biens à l'activité professionnelle pour y cantonner le risque, qui ne peut alors affecter les biens privés.

## **CHAPITRE 2 Les instruments juridiques visant à affecter des biens à l'activité professionnelle**

Trois instruments permettent une affectation de biens à l'activité professionnelle : la société (section 1), la fiducie gestion ayant pour objet des biens professionnels (section 2) et la théorie du patrimoine d'affectation qui va vraisemblablement être introduit en droit français<sup>36</sup> (section 3).

### **Section 1 Le recours à la forme sociétaire**

---

<sup>33</sup> Rapport n° 362 - Projet de loi relatif à l'EIRL – mars 2010.

<sup>34</sup> Seuls seraient visés les créanciers professionnels postérieurs. Il y aurait ainsi multiplication des catégories de créanciers :

- créanciers antérieurs : déclaration inopposable, EIRL opposable dans le texte issu de la CMP (après information individuelle et avec octroi d'un droit d'opposition).

- créanciers postérieurs à la constitution de l'EIRL

- privés : gage limité au sous patrimoine privé (dont l'immeuble insaisissable)

- professionnels,

- soit antérieurs à la déclaration d'insaisissabilité : gage limité au sous patrimoine professionnel (dont l'immeuble devenu insaisissable)

- soit postérieurs : gage limité au sous patrimoine professionnel sans l'immeuble insaisissable.

<sup>35</sup> La CMP a adopté un amendement visant à supprimer l'article 6 du projet (article qui prévoit l'extinction de la déclaration d'insaisissabilité).

<sup>36</sup> Le texte de compromis de la CMP a été adopté par le Sénat le 5 mai 2010. Il va être discuté en séance publique à l'Assemblée nationale le 12 mai 2010.

Il convient de montrer en quoi la société unipersonnelle à responsabilité limitée est un outil de protection du patrimoine de l'entrepreneur (§ 1) puis d'étudier les différentes formes sociales offertes à l'entrepreneur (§ 2).

### ***§ 1. La société unipersonnelle à responsabilité limitée, outil de protection du patrimoine de l'entrepreneur***

La constitution d'une société permet de créer une personne morale dotée d'un patrimoine propre, distinct de celui des associés. Il s'agit du principe d'autonomie du patrimoine. Les créanciers sociaux ont un droit de gage exclusif sur le patrimoine social par rapport aux créanciers personnels des associés<sup>37</sup>. Ce schéma est bien connu des banques dans les opérations de *Leverage Buy-Out* (LBO). Elles exigent des garanties sur des biens appartenant à la cible et non pas seulement sur les titres détenues par la mère dans la fille. En effet, dans cette dernière hypothèse, les banques subiraient la perte de valeur des titres nantis due à l'action des créanciers sociaux sur des biens de la société.

Si le recours à la forme sociale permet la création d'une personne morale dotée d'un patrimoine propre, il n'aboutit pas nécessairement à une limitation de responsabilité. Pour ce faire, il faut que la société soit à responsabilité limitée. Au risque d'être simplificateur, la société doit être une société de capitaux et non de personnes, dans laquelle les associés sont tenus indéfiniment et solidairement aux dettes sociales.

Patrimoine autonome, responsabilité limitée, il ne restait plus qu'un obstacle à franchir pour satisfaire les revendications des entrepreneurs individuels, l'admission de la société à un seul associé. Au demeurant, ces derniers n'ont pas attendu l'aval du législateur. Ils ont constitué des sociétés pluripersonnelles avec des associés « potiches » ou de paille, pour reprendre l'expression du Professeur Philippe MERLE. Le législateur a finalement introduit l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée par une loi du 11 juillet 1985<sup>38</sup>. A l'époque, l'autre technique de limitation de responsabilité, le patrimoine d'affectation, avait été abandonné car jugé trop complexe et compliqué.

---

<sup>37</sup> Ph. MERLE in Sociétés commerciales, n°93.

<sup>38</sup> Loi n°85-697, créant aussi la version « champêtre », l'exploitation agricole à responsabilité limitée.

L'adoption de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée est à l'origine d'un véritable bouleversement juridique. Elle s'est heurtée au caractère contractuel de la société. Traditionnellement, la société est « *instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* »<sup>39</sup>. Permettre la création d'une société unipersonnelle, c'est renoncer au caractère contractuel de la société, c'est renoncer à l'*affectio societatis*, à l'extrême, c'est permettre à une personne de contracter avec elle-même. Certains parlent encore aujourd'hui de création *d'une véritable chimère juridique*, constituant en réalité *un patrimoine d'affectation inavoué*<sup>40</sup>. A l'époque déjà les critiques ont fusé : « *En réalité, le projet de loi, par un procédé détourné, utilise la technique sociétaire pour parvenir, par le truchement du capital social, à l'institution d'une sorte de patrimoine d'affectation [...]. Pour restreindre la responsabilité de l'entrepreneur individuel, les auteurs du projet de loi ont préféré dénaturer le contrat de société, qui suppose l'accord d'au moins deux volontés et la volonté des associés de coopérer d'une manière permanente en vue de partager les bénéfices, plutôt que d'affronter la rigueur du principe de l'unité du patrimoine considéré comme immuable, intangible et sacré.* »<sup>41</sup>.

Durant ce duel mettant face à face le principe d'unité du patrimoine et le principe contractuel, il ne pouvait y avoir qu'un survivant... C'est le premier qui l'a emporté sur l'autre, sauf à dire que la société est devenue *le patrimoine affecté d'une seule personne*<sup>42</sup>.

## **§ 2. Les différentes formes sociales offertes à l'entrepreneur**

On pense au premier abord aux formes françaises (A) que sont l'Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité limitée (1) et la Société par Action Simplifiée Unipersonnelle (2). C'est oublier les formes européennes (B).

### **A- Les formes sociales françaises**

#### **1. L'EUURL**

---

<sup>39</sup> Article 1832 Cciv

<sup>40</sup> Thierry Revet, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I) in *Droit & Patrimoine* 2010 - n°191 du 04/2010.

<sup>41</sup> Jean ARTHUIS, rapport n°287 relatif à l'EUURL.

<sup>42</sup> J. Carbonnier, *Introduction générale*, n° 166, p. 334.



« La société à responsabilité limitée est instituée par une ou plusieurs personnes qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports », la messe est dite dès le premier article<sup>43</sup> régissant les sociétés à responsabilité limitée. Les règles de constitution sont simplifiées, la limitation de responsabilité est maintenue lors sa dissolution et certains éléments connexes sont favorables.

*Règles de constitution simplifiées* – L'entrepreneur peut constituer une EURL dès le début de l'exercice de son activité ou bien passer de l'entreprise en nom propre à cette forme sociale au cours de sa vie entrepreneuriale. L'acte de constitution n'est pas un contrat mais un acte unilatéral de volonté. L'entrepreneur peut être associé unique de plusieurs EURL<sup>44</sup>, ce qui lui permet d'isoler plusieurs activités et de cantonner les pertes en cas d'infortune<sup>45</sup>.

Le législateur n'a eu cesse de favoriser le recours à l'EURL. D'abord, la loi pour l'initiative économique du 1<sup>er</sup> août 2003 a supprimé l'exigence de capital social minimum. Désormais, ce dernier est librement fixé par les statuts et peut n'être que d'un euro. Ensuite, la loi en faveur des petites et moyennes entreprises du 2 août 2005 a instauré un modèle de statuts types. Ces derniers sont remis gratuitement au fondateur de la société par le centre de formalités des entreprises ou le greffe du tribunal de commerce<sup>46</sup>. Depuis la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, ils s'appliquent d'office aux EURL, à moins que l'intéressé ne produise des statuts différents lors de la demande d'immatriculation.

*Intérêt maintenu lors de la dissolution* – Autrefois, la dissolution avait pour effet de faire cesser la limitation de responsabilité lors de la dissolution de la société : il y avait transmission universelle du patrimoine de la société dissoute à l'associé unique (l'entrepreneur), recueillant ainsi les actifs et les dettes (peut-être d'un montant supérieur) de l'EURL. Depuis la loi NRE du 15 mai 2001, si l'associé unique est une personne physique, il n'y a plus transmission universelle du patrimoine de la société dissoute à l'associé unique<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> Art. L. 223-1 Ccom

<sup>44</sup> Depuis la loi Madelin du 11 février 1994

<sup>45</sup> Sur les limites, notamment extension de procédure collective, cf infra.

<sup>46</sup> Art. D. 223-2 Ccom

<sup>47</sup> Art. 1844-5 al. 4Ccv : [En cas de dissolution, celle-ci entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société à l'associé unique, sans qu'il y ait lieu à liquidation]

Les dispositions du troisième alinéa ne sont pas applicables aux sociétés dont l'associé unique est une personne physique.

*Eléments connexes favorables* – Sur le plan fiscal, l'EURL (dont l'associé est une personne physique) est en principe soumise à l'impôt sur le revenu mais peut opter pour l'impôt sur les sociétés. Dans ce dernier cas, la rémunération du gérant est déductible du résultat social et imposable au niveau du gérant à l'impôt sur le revenu dans la catégorie « revenus des gérants et associés ».

L'entrepreneur, souvent gérant, conservera entre ses mains tous les pouvoirs, ce qui est cher à un petit artisan ou commerçant.

## 2. *La SASU*

La loi du 12 juillet 1999 a introduit la SAS unipersonnelle dans le paysage français. Si l'EURL a un régime essentiellement légal, il en va tout autrement de la SASU où règne en maître la liberté contractuelle. Cette liberté statutaire d'organisation, qui peut être appréciée de certains entrepreneurs, exige toutefois le recours à des praticiens et a donc un coût. On pourrait conseiller à un entrepreneur de commencer l'exercice de son activité sous forme d'EURL puis de se transformer en SASU s'il désire bénéficier de plus de liberté. Le capital social est librement fixé par les statuts.

La dissolution de la SASU n'entraîne plus transmission universelle du patrimoine lorsque l'associé unique est une personne physique.

Sur le plan fiscal, en cas de cession, les droits d'enregistrement sont plus faibles que ceux prévus pour l'EURL car ce sont des actions et non pas des parts sociales qui sont cédées.

## B- Les formes sociales européennes

Il s'agit ici moins d'être exhaustif que d'évoquer les problématiques européennes de protection du patrimoine via le recours à une forme sociale. Il convient d'étudier le recours traditionnel à la liberté d'établissement (1) puis la future société privée européenne (2).

### 1. *La recours à la liberté d'établissement*

Au premier abord, il peut paraître difficile de faire le lien entre protection du patrimoine de l'entrepreneur individuel et la liberté d'établissement. C'est sans compter que la

Cour de Justice des Communautés européennes s'érige en véritable gardienne du temple des libertés communautaires. On illustrera notre propos avec l'arrêt Centros du 9 mars 1999<sup>48</sup>. En l'espèce, un entrepreneur danois a constitué une « private limited company » au Royaume-Uni à très faible capital social. L'intérêt réside dans l'absence d'exigence relative à la constitution et à la libération d'un capital social minimal. Puis l'entrepreneur est retourné dans son pays d'origine pour exercer son activité via une succursale. «L'Erhvervs- og Selskabsstyrelsen », autorité danoise de contrôle, a alors refusé l'immatriculation de la succursale. Selon cette dernière, l'entrepreneur n'exerce aucune activité commerciale au Royaume-Uni et cherche en réalité à constituer au Danemark non pas une succursale mais un établissement principal, en éludant les règles nationales relatives, notamment, à la libération d'un capital minimal<sup>49</sup>. *Le refus d'immatriculation serait en outre justifié par la nécessité de protéger les créanciers publics ou privés et les cocontractants ou encore par la nécessité de lutter contre les faillites frauduleuses*<sup>50</sup>.

La cour a finalement donné raison à l'entrepreneur : *« le droit de constituer une société en conformité avec la législation d'un État membre et de créer des succursales dans d'autres États membres étant inhérent à l'exercice, dans un marché unique, de la liberté d'établissement garantie par le traité, le fait, pour un ressortissant d'un État membre qui souhaite créer une société, de choisir de la constituer dans l'État membre dont les règles de droit des sociétés lui paraissent les moins contraignantes et de créer des succursales dans d'autres États membres ne saurait constituer en soi un usage abusif du droit d'établissement »*. Il faut bien noter que l'entrepreneur danois n'exerçait en l'espèce aucune activité dans l'Etat membre de constitution de la société (le Royaume-Uni).

La Cour réserve toutefois l'hypothèse de la fraude : *« cette interprétation n'exclut pas que les autorités [...]puissent prendre toute mesure de nature à prévenir ou à sanctionner les fraudes, soit à l'égard de la société elle-même, [...] soit à l'égard des associés dont il serait établi qu'ils cherchent en réalité, par le biais de la constitution d'une société, à échapper à leurs obligations vis-à-vis de créanciers privés ou publics établis sur le territoire de l'État membre concerné.*

---

<sup>48</sup> Centros Ltd contre Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, affaire C-212/97.

<sup>49</sup> En l'espèce, la société anglaise a un capital 200 fois moins important que le capital minimum requis par la loi danoise.

<sup>50</sup> Point 12 de l'arrêt.

Pour reprendre les mots du Professeur Louis D'Avout, l'enjeu est finalement de savoir s'il faut enseigner les différentes formes sociales de l'UE en licence 3... Il est donc loisible à un entrepreneur français de constituer une société limitant au mieux sa responsabilité dans un paradis « sociétal » de l'Union européenne puis de venir s'établir en France par voie de succursale. Certes, l'intérêt paraît bien faible au regard des règles françaises très souples en matière de capital minimum. Mais des dispositions de l'EURL ou de la SASU jugées non attrayantes par l'entrepreneur pourraient être contournées par cette voie.

## 2. *La future Société Privée Européenne*

Dans le cadre d'un projet de *Small Business Act européen*, une proposition de règlement visant à établir un statut de société privée européenne (SPE) a été adoptée par la Commission européenne le 25 juin 2008. L'objectif premier est de permettre aux PME d'exercer leurs activités dans toute l'Union européenne à un moindre coût. Pour l'heure, les PME peuvent exercer leurs activités au titre de la liberté d'établissement ou bien créer des filiales. Cette dernière possibilité s'avère onéreuse et compliquée car les formes sociales varient d'un Etat membre à l'autre. Si la SPE venait à être adoptée, les PME pourraient créer exercer leurs activités sous une forme unique. De surcroît, elle offre un label européen aisément reconnaissable à travers toute l'Union européenne<sup>51</sup> et se veut une alternative viable face au manque de confiance envers certaines formes étrangères de sociétés<sup>52</sup>.

Cette future *Societas Privata Europaea* peut être constituée par une seule personne physique<sup>53</sup>. Elle est tout aussi satisfaisante que l'EURL ou la SASU en termes de protection du patrimoine de l'entrepreneur individuel. La responsabilité des actionnaires est limitée à leurs apports<sup>54</sup>. Le capital minimal est fixé à un euro<sup>55</sup>. Une grande place est laissée à la liberté contractuelle, à l'image de la SASU française.

Des divergences sur la participation des travailleurs dans l'organisation de l'entreprise risquent de retarder la date d'entrée en vigueur du texte, prévu initialement en juillet 2010.

---

<sup>51</sup> Résumé à l'intention du grand public, in [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/epc/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/company/epc/index_fr.htm)

<sup>52</sup> Cf Analyse d'impact de la SPE

<sup>53</sup> Article 3 1 (e) de la proposition : elle peut être constituée par une ou plusieurs personnes physiques et/ou entités juridiques.

<sup>54</sup> Article 3 1 (b) de la proposition.

<sup>55</sup> Article 19 de la proposition.

Chef de file des instruments de protection basé sur l'affectation de biens à l'activité professionnelle, la société pourrait être théoriquement concurrencée par la fiducie gestion ayant pour objet des biens professionnels.

## **Section 2 L'utilisation de la fiducie gestion ayant pour objet des biens professionnels**

Il s'agit ici de la fiducie gestion dans sa deuxième version. L'entrepreneur ne va plus transférer des actifs privés dans le patrimoine fiduciaire mais va isoler les éléments d'actifs professionnels dans ce dernier. Il crée en quelque sorte un patrimoine d'affectation professionnel. En parallèle, il s'assure de conserver la jouissance de ces biens en vue d'exercer son activité professionnelle.

Seuls les créanciers de la gestion et de la conservation de ces biens, en somme les créanciers professionnels<sup>56</sup>, ont un droit sur ce patrimoine fiduciaire. Ce mécanisme apparaît en réalité inefficace<sup>57</sup>.

Un concurrent plus sérieux de la société pourrait voir le jour, l'Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée.

## **Section 3 L'introduction en droit français du patrimoine d'affectation : l'EIRL**

L'entreprise individuelle à responsabilité limitée est la version française du patrimoine d'affectation. Elle consiste à scinder le patrimoine d'une personne en deux masses bien distinctes, le « sous patrimoine privé » et le « sous patrimoine professionnel »<sup>58</sup>. Le lien unissant l'actif et le passif n'est plus la personne mais la finalité des éléments d'actif et de passif. Il y a « *deux patrimoines, le patrimoine d'entreprise, dans lequel l'entrepreneur travaille, et le patrimoine personnel, où il s'endort et se repose* »<sup>59</sup>. Le projet de loi relatif à

---

<sup>56</sup> On adopte ici une interprétation large de la gestion / conservation. L'entrepreneur utilise les biens professionnels mis en fiducie pour exercer son activité. A cette occasion naissent des dettes de « gestion / conservation ».

<sup>57</sup> Cf infra.

<sup>58</sup> Présentation simplifiée de l'EIRL. En réalité, l'entrepreneur peut ne pas affecter tous ses biens professionnels au patrimoine affecté.

<sup>59</sup> M. Jean-Denis Bredin, auteur en 1984 d'un rapport sur le patrimoine d'affectation, lors du colloque organisé le 23 novembre 1988 par le centre de recherche sur le droit des affaires de la chambre de commerce et d'industrie de Paris sur le thème « 1968-1988 : vingt ans de recherches pluridisciplinaires... à propos des structures juridiques de l'entreprise ».

l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée est le fruit d'une lente et mûre réflexion. Ouvrons les vieux grimoires du droit.

On peut suivre la plume du rapporteur Jean-Jacques HYEST et retrouver des traces du patrimoine d'affectation dans l'Ordonnance de la marine de 1681. L'article 2 du titre VIII du livre second dispose que « *Les Propriétaires de Navires seront responsables des faits du Maître [capitaine] : mais ils en demeureront déchargez, en abandonnant leur Bâtiment et le Fret* ». Au premier abord, on voit ici un cas particulier de responsabilité du fait d'autrui. Mais transparait aussi un patrimoine d'affectation. En l'espèce, le patrimoine professionnel, patrimoine de mer, est constitué du navire, de son fret et de ses accessoires. Il constitue le gage exclusif des créanciers professionnels. A chaque expédition maritime naît ainsi un patrimoine d'affectation répondant des créances nées de l'expédition maritime, étant entendu que le patrimoine « terrestre » du propriétaire du navire (les navires à quai et ses biens privés) sont préservés. *Le siège des créances n'est plus l'armateur lui-même mais le patrimoine de mer*<sup>60</sup>.

Faisons un grand pas dans l'histoire pour atteindre la deuxième moitié du XXème siècle. Telle la marée, l'idée de patrimoine d'affectation a connu des flux et reflux, sans jamais pourtant connaître la gloire d'être transposée dans une loi. Dès 1978, le rapport CHAMPAUD préconisait la création d'une EPRL, « entreprise personnelle à responsabilité limitée ». Les biens de l'entrepreneur individuel étaient répartis en trois masses, un patrimoine affecté à l'activité entrepreneuriale, gage des créanciers professionnels, un patrimoine personnel insaisissable par les créanciers professionnels, et un patrimoine intermédiaire, disponible pour l'entreprise. De longs débats ont eu lieu en 1985 au Parlement, qui a finalement choisi la forme sociale, l'EURL. Ont suivi le rapport BARTHELEMY en 1993, la proposition de loi déposée en 1999 par Jean-Pierre RAFFARIN<sup>61</sup>, les rapports de François HUREL en 2002 et 2008 et enfin le rapport de Xavier De ROUX en 2008. Ces rapports n'auront pas été faits en vain puisque le gouvernement a déposé un projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale en première lecture le 17 février 2010 et modifié par le Sénat le 8 avril 2010. Une commission mixte paritaire s'est réunie le 28 avril 2010 et a proposé un texte de compromis qui va être soumis au Parlement.

---

<sup>60</sup> Jean-Jacques HYEST, rapport déposé le 24 mars 2010

<sup>61</sup> Celle-ci n'instaurait qu'une simple priorité : les dettes professionnelles ont d'abord comme gage les biens affectés à l'activité, et si besoin est, les biens non affectés privés.

La volonté du législateur se résume en quelques mots : « *la création d'entreprise ne [doit plus être] une voie sans retour, un choix aux conséquences irréparables en cas d'échec* »<sup>62</sup>. L'EIRL est conçue comme un instrument de protection patrimoniale. Telle toute entité, elle naît (§ 1), vit (§ 2) et meurt (§ 3). En quoi répond t-elle à la mission qui lui a été attribuée durant les trois périodes de sa vie, tout en préservant les intérêts des créanciers ?

### **§ 1. La constitution de l'EIRL**

*Un large champ d'application* - Le projet de loi prévoit la création d'une section 2 intitulée « De l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée » dans le chapitre VI<sup>63</sup> du titre II<sup>64</sup> du livre V<sup>65</sup> du code de commerce. Le premier article du projet<sup>66</sup> dispose que « *tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel [...]* ». Le champ est donc très large. Sont visés toutes personnes physiques entrepreneurs individuels, dont les auto-entrepreneurs. L'activité économique exercée importe peu, il peut s'agir de commerçants, artisans, professions libérales, exploitants agricoles ou toute autre activité d'entreprise.

On pourrait décrire linéairement le processus de constitution de l'EIRL. Nous avons choisi de mettre en exergue deux aspects, la protection de l'entrepreneur (A) et la protection des créanciers (B). Cela a pour conséquence de diviser l'étude des effets de la création de l'EIRL, les effets substantiels relevant davantage de la protection de l'entrepreneur, ceux dans le temps de la protection des créanciers.

#### A- La protection de l'entrepreneur par la création d'un patrimoine d'affectation

En créant un patrimoine d'affectation, l'entrepreneur demeure propriétaire des biens. C'est ici une différence notable avec la constitution d'une société qui exige la réalisation d'apports en contrepartie de l'émission de droits sociaux, ou avec la fiducie gestion qui opère un transfert

---

<sup>62</sup> Sénat, séance du 8 avril 2010.

<sup>63</sup> De la protection de l'entrepreneur individuel et du conjoint.

<sup>64</sup> Des garanties

<sup>65</sup> Des effets de commerce et des garanties

<sup>66</sup> Futur art. L. 526-6 du Ccom.

de la propriété fiduciaire. Il convient d'étudier la création du patrimoine d'affectation (1) puis les effets substantiels de la séparation (2).

### 1. *La création du patrimoine d'affectation*

L'entrepreneur va affecter à son activité professionnelle un patrimoine distinct de son patrimoine personnel. Il effectue en quelque sorte une « *déclaration de saisissabilité* »<sup>67</sup>. Le patrimoine professionnel est composé d'éléments obligatoires et d'éléments facultatifs. Cette construction intellectuelle n'est pas étrangère au droit fiscal qui distingue biens professionnels par nature et biens mixtes personnels et professionnels en matière bilancielle. D'une part, le patrimoine professionnel doit comprendre « *l'ensemble des biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle* »<sup>68</sup>. D'autre part, le patrimoine peut comprendre *les biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, utilisés pour l'exercice de son activité professionnelle et qu'il décide d'y affecter*. Ainsi, la distinction repose sur le tandem bien nécessaires à l'activité – obligatoirement affecté / biens non nécessaires à l'activité mais utilisés pour l'activité – affecté sur décision de l'entrepreneur. Cette distinction bien délicate peut soulever des difficultés d'application. Sans aucun doute des plumes affûtées ne manqueront pas de relever la place laissée à la volonté arbitraire de l'entrepreneur ou au subjectivisme dit immodéré du juge. Néanmoins, la volonté législative est éclairée par le rapporteur au Sénat, selon lequel la liste de biens obligatoires est restrictive et comporte principalement le fonds de commerce<sup>69</sup>.

« *Biens, droits, obligations ou sûretés* », voilà qui a de quoi heurter l'entendement juridique, ce pour deux raisons. D'abord, certains diront que les notions de biens, droits et sûretés peuvent se recouper. Au demeurant, cela accroît la lisibilité du texte pour les non juristes, auquel il est avant destiné, peut-être au détriment d'une parfaite rigueur juridique. Ensuite, l'insertion de la notion d'obligation peut surprendre. Selon certains, cette formulation est regrettable car elle méconnaîtrait la nature d'universalité du patrimoine réunissant uniquement les biens d'une personne. Les dettes seraient extérieures au patrimoine et ne

---

<sup>67</sup> HuguesLetellier, Les avantages de l'EIRL. L'expression a ses limites. Elle fait allusion à la déclaration d'insaisissabilité qui a un régime juridique beaucoup moins complet et abouti que celui de la future EIRL.

<sup>68</sup> Futur Art. L. 526-6 alinéa 2.

<sup>69</sup> Jean-Jacques HYEST, rapport déposé le 24 mars 2010.



seraient que garanties par l'universalité de biens<sup>70</sup>. En réalité, le projet est, sur ce point, conservateur. Il n'est que la traduction de l'adage de l'ancien droit « *bona non sunt nisi deducto aere alieno* », le patrimoine comprend les dettes comme il comprend les biens. Il se situe, sur cet aspect dans la droite ligne des auteurs Aubry et Rau qui adoptent une vision comptable du patrimoine<sup>71</sup>. On apprend à la lecture du rapport au Sénat que la notion d'obligation a été ajoutée par l'Assemblée Nationale pour clarifier un point : lorsque la dette est attachée à un bien nécessaire, elle doit être affectée, tandis que lorsqu'elle est attachée à un bien utilisé, on peut considérer que l'entrepreneur est libre de l'affecter ou non.

Le texte ajoute *qu'un même bien, droit, obligation ou sûreté ne peut entrer dans la composition que d'un seul patrimoine affecté*. On comprend, à demi mot seulement, qu'il serait possible pour un entrepreneur d'avoir plusieurs patrimoines d'affectation professionnelle. Qu'en est-il ? On peut noter que la question est loin d'être théorique. Si l'imagination des sénateurs est débordante – prenant le cas du boulanger-maçon<sup>72</sup> -, d'autres exemples viennent aisément à l'esprit tel que l'agriculteur qui exploite un gîte ou vend ses produits à la ferme. Il existe deux solutions. D'abord, il peut y avoir pluralité d'activités professionnelles au sein d'un même patrimoine affecté. Cela a été admis par l'Assemblée nationale. L'inconvénient est que les activités professionnelles répondent les unes des autres et que les difficultés de l'une peuvent mettre un terme à l'ensemble des activités exercées. L'autre solution consisterait à autoriser la constitution de plusieurs patrimoines affectés, un par activité. Les difficultés rencontrées à l'occasion de l'exercice d'une activité ne mettraient ainsi pas en péril les activités viables. Cette position a été adoptée par la commission du Sénat. Un amendement en sens contraire a été rejeté<sup>73</sup>. Toutefois, le texte élaboré par la commission mixte paritaire propose de reporter l'application de la pluralité de patrimoines affectés au 1<sup>er</sup> janvier 2013, car *une telle situation peut s'avérer très complexe dans la pratique*<sup>74</sup>. Une telle possibilité existe déjà pour l'EURL.

La ruse peut permettre de contourner aisément cette disposition ! Un entrepreneur pourrait créer un patrimoine affecté à une activité professionnelle déterminée et exercer une autre activité professionnelle via son second patrimoine (dit « privé»). Il pourrait aussi décider de

---

<sup>70</sup> Il s'agit ici de l'interprétation du patrimoine telle que pensée par ZACHARIAE : le patrimoine ne contient que les biens et non les dettes. Les obligations sont extérieures au patrimoine.

<sup>71</sup> Cf la brillante Thèse sur L'Unité du patrimoine d'Anne-Laure THOMAT-RAYNAUD, n°120.

<sup>72</sup> Compte rendu de la séance du 8 avril 2010

<sup>73</sup> Amendement n°15, présenté par M. Yung et les membres du groupe socialiste, non adopté : « Un même entrepreneur individuel ne peut constituer plusieurs patrimoines affectés.

<sup>74</sup> Cf Rapport n° 420 (2009-2010) de M. Jean-Jacques HYEST.

retirer certains biens privés de ce second patrimoine en utilisant la fiducie gestion<sup>75</sup>. Au final, il y aurait trois « enveloppes » : le patrimoine d'affectation, le patrimoine non affecté et le patrimoine fiduciaire.

## 2. *Les effets substantiels de la séparation*

L'EIRL réalise la scission du patrimoine de l'entrepreneur en deux, un patrimoine professionnel et un patrimoine privé. L'étanchéité entre les deux est quasi parfaite<sup>76</sup>. Ces « deux » patrimoines sont deux gages généraux biens distincts, chacun étant alloué exclusivement à une catégorie de créanciers. Le projet prévoit en effet que :

*« 1° Les créanciers dont les droits sont nés à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté ont pour seul gage général le patrimoine affecté ;*

*2° Les autres créanciers ont pour seul gage général le patrimoine non affecté ».*

On peut remarquer que le texte n'utilise pas la notion de créanciers privés. Il y a des créanciers professionnels et les autres créanciers. Ces autres créanciers peuvent donc comprendre des créanciers privés et des créanciers professionnels. Ce sera le cas lorsque le patrimoine d'affectation n'aura pas pour objet l'ensemble des activités professionnelles exercées par l'entrepreneur.

Cet article introduit une véritable dérogation au principe d'unicité ou d'indivisibilité du gage résultant des articles 2284 et 2285 du Code civil. Jadis, toute personne avait un unique patrimoine, gage indivisible de ces créanciers<sup>77</sup>. Désormais, une personne peut avoir « plusieurs patrimoines », et ainsi plusieurs gages répartis entre créanciers.

Le critère de répartition entre les deux gages est la naissance des droits à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle. Il s'agit d'une notion centrale, qui donnera certainement lieu à de vives discussions : en cas d'insuffisance d'un patrimoine, un créancier

---

<sup>75</sup> La fiducie gestion, version transfert de biens privés au fiduciaire, est très efficace.

<sup>76</sup> On verra que des exceptions sont prévues.

<sup>77</sup> Voir la brillante thèse sur L'Unité du patrimoine d'Anne-Laure THOMAT-RAYNAUD.

cherchera à tout prix à être créancier de l'autre catégorie<sup>78</sup>. Cette notion a fait l'objet d'une évolution lors de l'examen du projet de loi<sup>79</sup>. Il n'est pas nécessaire que les droits soient nés pour les besoins de l'activité professionnelle.

Non seulement l'EIRL est un instrument de protection du patrimoine privé mais elle est aussi un moyen de protection du patrimoine professionnel. C'est une différence notable avec la constitution d'une société. L'associé d'une EURL ou SASU reçoit, en contrepartie des apports, des droits sociaux qui font partie intégrante de son patrimoine personnel, gage général des créanciers privés. Ces derniers peuvent provoquer la saisie de ces droits. Cette faculté n'existe pas avec l'EIRL car l'entrepreneur ne reçoit aucun droit social<sup>80</sup>. La séparation patrimoniale est pleine et entière, elle a lieu dans les deux sens.

## B- La protection des créanciers

La protection des créanciers passe par des mesures de publicité (1), le « contrôle » des effets dans le temps de l'affectation (2) et le contrôle des affectations en nature (3).

### *1. Les mesures de publicité*

La constitution du patrimoine affecté résulte du dépôt d'une déclaration, véritable formalité d'opposition aux créanciers<sup>81</sup>. Il s'agit de préserver la confiance dans les rapports économiques. Les modalités sont allégées pour ne pas entraver la constitution du patrimoine. La déclaration est effectuée au registre de publicité légale et à défaut au greffe du tribunal statuant en matière commerciale du lieu du principal établissement<sup>82</sup>.

Les organismes chargés de recevoir la déclaration n'effectuent qu'un contrôle restreint. Ils s'assurent que la déclaration comporte un état descriptif des biens, droits,

---

<sup>78</sup> Il nous semble qu'il faille qu'un juge unique soit compétent pour fixer la qualité des créanciers.

<sup>79</sup> 1) Texte adopté par l'Assemblée nationale : « « 1° Les créanciers dont les droits sont nés à l'occasion ~~et pour les besoins~~ de l'activité professionnelle ont pour seul gage général le patrimoine affecté, ~~à l'exclusion de tout autre bien et droit de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée~~ » »

2) Texte adopté par le Sénat : « « 1° Les créanciers dont les droits sont nés à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté ont pour seul gage général le patrimoine affecté » »

3) Texte proposé par la CMP : « « 1° Les créanciers auxquels la déclaration d'affectation est opposable et dont les droits sont nés à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté ont pour seul gage général le patrimoine affecté » »

<sup>80</sup> Il n'effectue aucun apport ; il n'y a ni création de personne morale ni émission de droits sociaux.

<sup>81</sup> Cf 2.

<sup>82</sup> Pour les détails, cf futur Art. L. 526-6-1.

obligations ou sûretés affectés à l'activité professionnelle, en nature, qualité, quantité et valeur ; la mention de l'objet de l'activité professionnelle et les documents attestant de l'accomplissement des formalités spéciales prévues pour les biens immobiliers, les biens de valeur importante et les biens communs ou indivis<sup>83</sup>. L'affectation au patrimoine professionnel d'un bien immobilier est reçue par acte notarié et publiée au bureau des hypothèques<sup>84</sup>, à peine d'inopposabilité de l'affectation.

## 2. Le « contrôle » des effets dans le temps

« *Le législateur et l'effet yoyo* » - Les effets dans le temps de la création de l'EIRL ont fait l'objet de moult rebondissements. Le problème se pose en ces termes : la création de l'EIRL est-elle opposable aux créanciers antérieurs à sa constitution ? En d'autres termes, l'entrepreneur individuel peut-il unilatéralement réduire le gage des créanciers antérieurs, qu'ils soient professionnels ou privés ? Tantôt le législateur a autorisé cette *cure d'amaigrissement forcé*, tantôt les créanciers ont recouvré *leurs poids passés*. Pour l'heure, leurs droits semblent stabilisés par un compromis de la CMP.

*Cure d'amaigrissement forcée* – Le projet de loi prévoyait que la déclaration d'affectation n'avait d'effet qu'à l'égard des créanciers postérieurs. L'Assemblée nationale a adopté un amendement la rendant opposable de plein droit à tous les créanciers, dont les créanciers antérieurs. L'objectif est d'améliorer la lisibilité du mécanisme et de réduire les catégories de créanciers. De surcroît, un tel amendement ne fait que remettre en cause le droit de gage général des créanciers antérieurs. Les éventuels droits de préférence (sûretés réelles) octroyés ne sont nullement affectés<sup>85</sup>.

*Regain du poids passé* – Le rapporteur au Sénat a relevé qu'une telle réduction du droit de gage général des créanciers antérieurs pouvait soulever un doute constitutionnel. Le

---

<sup>83</sup> Cf futur art. L. 526-10.

<sup>84</sup> Cf futur art. L. 526-8.

<sup>85</sup> Cf Compte rendu de la séance à l'AN du mercredi 17 février 2010, intervention de M. Alfred Trassy-Paillogues. Le gouvernement s'est opposé à cet amendement.

Conseil constitutionnel reconnaît en effet le droit au maintien de l'économie des conventions légalement conclues<sup>86</sup>. Le Sénat a limité l'effet de la déclaration aux créanciers postérieurs<sup>87</sup>.

*Stabilisation des droits des créanciers* – La CMP a adopté une proposition que nous pensons équilibrée. La rapporteure Laure de La Raudière a proposé un amendement visant à rendre opposable aux contrats en cours la déclaration d'affectation à la condition que les créanciers aient été informés de la constitution de l'EIRL (par voie de publication) et qu'ils disposent d'un droit d'opposition. Selon la rapporteure, « [sa] proposition ne fait qu'appliquer la règle la plus usuelle dans le code de commerce en cas de cession ou d'apport en société de fonds de commerce, ainsi qu'en cas de fusion de sociétés ou de réduction du capital ». Le rapporteur JJ Hyst a proposé de substituer une information individuelle à l'information par voie de publicité générale. L'amendement tel que sous amendé par le rapporteur a été adopté par la CMP. Les modalités d'information des créanciers seront déterminées par voie réglementaire<sup>88</sup>.

In fine, la déclaration d'affectation sera opposable de plein droit aux créanciers postérieurs. Elle sera opposable aux créanciers antérieurs à condition que l'entrepreneur le mentionne dans la déclaration d'affectation et en informe (individuellement ?) les créanciers. Ces derniers peuvent alors faire opposition<sup>89</sup>. En tout état de cause, l'opposition formée par un créancier n'a pas pour effet d'interdire la constitution du patrimoine affecté. Cette proposition<sup>90</sup> semble être un bon compromis. D'une part, elle préserve les droits des créanciers antérieurs en leur octroyant un droit d'opposition non fictif car ils sont informés individuellement (?) de la création de l'EIRL. D'autre part, elle améliore la lisibilité du texte

---

<sup>86</sup> Par exemple, cf décision n° 2009-592 DC du 19 novembre 2009 portant sur la loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie : « le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789 ».

<sup>87</sup> Art. L. 526-11. - La déclaration visée à l'article L. 526-6-1 n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers dont les droits sont nés postérieurement à son dépôt.

<sup>88</sup> On peut regretter le renvoi au pouvoir réglementaire, alors qu'il semblait se dégager un consensus en faveur d'une information individuelle.

<sup>89</sup> Une décision de justice rejette l'opposition ou ordonne soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties, si l'entrepreneur individuel en offre et si elles sont jugées suffisantes. À défaut de remboursement des créances ou de constitution des garanties ordonnées, la déclaration est inopposable aux créanciers dont l'opposition a été admise.

<sup>90</sup> Cette proposition nous conduira à quelques remarques à propos de la validité de la clause de réunion de patrimoine. Cf infra, *Parallélisme des conditions d'atteinte au droit de gage général*.

et offre la possibilité de supprimer les complications inhérentes à plusieurs catégories de créanciers<sup>91</sup>.

### 3. *Le contrôle des « affectations en nature »*

Par analogie avec le contrôle des apports en nature dans les sociétés, le législateur a prévu un dispositif similaire applicable aux affectations en nature supérieure à un montant fixé par décret. Il s'agit d'éviter les surévaluations susceptibles de fausser la perception de la consistance du patrimoine affecté par les créanciers.

L'élément d'actif considéré est évalué par l'entrepreneur puis pas un professionnel<sup>92</sup>. Cela permet aux créanciers professionnels d'apprécier la surface financière de leur cocontractant.

L'efficacité du dispositif résulte de la sanction, la responsabilité de l'entrepreneur individuel à l'égard des tiers sur la totalité de son patrimoine (affecté et non affecté) pendant une durée de cinq ans. Cette sanction joue dans deux hypothèses :

- lorsque la valeur déclarée est supérieure à celle proposée par le professionnel : la responsabilité est alors limitée à la différence entre la valeur proposée et la valeur déclarée.

- en l'absence de recours à un professionnel : la responsabilité est alors cantonnée à la différence entre la valeur réelle du bien au moment de l'affectation et la valeur déclarée.

### **§ 2. *La vie de l'EIRL***

L'équilibre souhaité entre la protection du patrimoine de l'entrepreneur (A) et les intérêts des créanciers (B) perdure lors de la vie de l'EIRL. Le législateur n'a pas fixé de limitation de durée à l'EIRL<sup>93</sup>.

---

<sup>92</sup> Commissaire aux comptes, un expert-comptable, une association de gestion et de comptabilité ou un notaire désigné par l'entrepreneur individuel. L'évaluation par un notaire ne peut concerner qu'un bien immobilier. On perçoit ici la volonté du législateur de réduire le coût de constitution de l'EIRL.

## A- La protection du patrimoine de l'entrepreneur

La scission des gages généraux opérée lors de la constitution de l'EIRL perdure lors de la vie de l'EIRL. Il en résulte un certain nombre d'obligations<sup>94</sup>. Les biens non affectés sont à l'abri des aléas de l'activité professionnelle objet de l'EIRL.

En cas de cession d'un bien du patrimoine privé, la protection patrimoniale n'est pas remise en cause. Il s'agit d'une différence importante avec la déclaration d'insaisissabilité. Cette dernière n'a vocation à perdurer que si l'entrepreneur rachète une résidence principale dans le délai d'un an à compter de la cession.

Les régimes fiscal et social de l'EIRL n'enlèvent aucun intérêt à cet outil de protection patrimoniale. Ils sont calqués sur ceux de l'EURL. Il est en particulier possible d'opter pour l'impôt sur les sociétés. Une clause « anti-abus » est prévue.

## B- La protection des intérêts des créanciers

Les créanciers sont avertis de la limitation de responsabilité lorsqu'ils contractent avec l'entrepreneur. Pour l'exercice de son activité professionnelle, ce dernier doit utiliser une dénomination incorporant les mots « entrepreneur individuel à responsabilité limitée » ou les initiales « EIRL »<sup>95</sup>.

Le texte n'évoque qu'à de rares occasions les transferts de biens entre les deux patrimoines. Or, de tels transferts sont susceptibles de porter atteinte aux intérêts des créanciers.

Il pourrait d'abord y avoir affectation d'un nouveau bien à l'activité professionnelle. On imagine par exemple un banquier conditionnant son crédit à l'élargissement du gage général professionnel<sup>96</sup>. Les futurs articles L 526-8<sup>97</sup> et L 526-9<sup>98</sup>

---

<sup>93</sup> L'amendement proposé par M. Richard Yung limitant à trois ans la durée d'exercice d'une activité professionnelle dans le cadre de l'EIRL a été rejeté. M. Hervé Novelli, contre cet amendement : « Pourquoi créer une espèce de statut « mission impossible » qui s'autodétruit après trois ans ? Ce serait une atteinte importante à la sécurité juridique à laquelle je vous sais attachés et dont l'entreprise, en période de crise, a un besoin accru ».

<sup>94</sup> Cf infra.

<sup>95</sup> Futur art. L. 526-6.

<sup>96</sup> Il exigera certainement l'octroi de sûretés réelles.

<sup>97</sup> « Lorsque l'affectation d'un bien immobilier ou d'une partie d'un tel bien est postérieure à la constitution du patrimoine affecté, elle donne lieu au dépôt d'une déclaration complémentaire au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration prévue à l'article L. 526-6-1. L'article L. 526-7 est applicable, à l'exception des 1° et 2° ».

prévoient des formalités semblables à la constitution lors d'un apport d'un bien immobilier ou d'un apport en nature conséquent en cours de vie entrepreneuriale. C'est dire qu'un nouvel « apport », une nouvelle affectation, est possible. Plus délicate est la question de l'opposabilité de cette affectation aux créanciers non professionnels<sup>99</sup> qui voient fondre leur droit de gage général exclusif. La nouvelle affectation fait l'objet d'une déclaration complémentaire. Il semble donc logique de lui appliquer les mêmes conditions d'opposabilité que celles prévues pour la déclaration initiale. Elle serait opposable de plein droit aux créanciers postérieurs. Elle serait opposable aux créanciers antérieurs sur information individuelle des créanciers et en l'absence d'opposition.

Ensuite, l'entrepreneur pourrait vouloir rapatrier un bien au sein de son patrimoine privé, pour obtenir un crédit immobilier par exemple. Le texte est muet sur ce point. On pourrait raisonner par analogie et octroyer un droit d'opposition aux créanciers professionnels. Il faudrait sans doute créer une exception pour les revenus, qui pourrait être rédigée ainsi : « *dans les trois mois qui suivent la clôture de l'exercice entrepreneuriale [et non social], l'entrepreneur statue sur l'affectation des bénéfices dégagés par l'activité professionnelle. Il peut, en tout ou partie, les transférer dans son patrimoine privé ou les laisser affectés à l'activité professionnelle. Les créanciers professionnels ne disposent d'aucun droit d'opposition. Mention de sa décision est portée au registre de publicité légale ou à défaut au greffe du tribunal statuant en matière commerciale du lieu du principal établissement* »<sup>100</sup>. Le législateur exige seulement de respecter des obligations comptables annuelles qui « *valent actualisation de la composition et de la valeur du patrimoine affecté* »<sup>101</sup>. L'article L. 526-14-1 prévoit seulement que *l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée détermine les revenus qu'il verse dans son patrimoine non affecté*. Sans doute est-ce pour ne pas alourdir la rédaction.

---

<sup>98</sup> « *Lorsque l'affectation d'un bien visé au premier alinéa est postérieure à la constitution du patrimoine affecté, elle fait l'objet d'une évaluation dans les mêmes formes et donne lieu au dépôt d'une déclaration complémentaire au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration prévue à l'article L. 526-6-1. L'article L. 526-7 est applicable, à l'exception des 1° et 2°* ».

<sup>99</sup> Plus exactement, les « autres créanciers », les créanciers dont les droits ne sont pas nés à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle.

<sup>100</sup> Il serait en outre intéressant de prévoir une taxation des bénéfices moindre s'ils sont laissés investis dans le patrimoine affecté.

<sup>101</sup> Art. L. 526-13.



### **§ 3. La mort de l'EIRL**

Il s'agit de protéger l'entrepreneur mais aussi ses ayant droits droit (A), tout en préservant les intérêts des créanciers (B).

#### **A- La protection de l'entrepreneur et des ayant droits**

Il convient d'étudier l'étendue de cette protection au décès de l'entrepreneur et en cas de cession ou d'apport en société du patrimoine affecté.

Hormis l'hypothèse de la renonciation<sup>102</sup>, la scission patrimoniale a vocation à transcender la fin de vie de l'EIRL. En effet, contrairement à la déclaration d'insaisissabilité<sup>103</sup> et à la fiducie gestion<sup>104</sup>, le texte relatif à l'EIRL prévoit la survie de la protection patrimoniale au décès de l'entrepreneur. Un héritier se charge de faire porter mention du décès au registre. Il y a alors deux issues possibles<sup>105</sup> :

- soit aucun héritier ou ayant droit ne reprend l'activité : les créanciers professionnels et privés sont alors désintéressés en respectant l'étanchéité patrimoniale puis le solde éventuel est partagé entre les héritiers. Il faut bien noter que les créanciers professionnels et privés<sup>106</sup> conservent pour seul gage général celui qui était le leur au moment du décès. Le patrimoine non affecté ne saurait répondre des dettes professionnelles.

- soit un héritier ou ayant droit manifeste son intention de poursuivre l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine était affecté. Mention en est porté au registre adéquate et l'héritier doit effectuer une déclaration de reprise.

En cas de cession ou d'apport en société, le patrimoine privé de l'entrepreneur n'est pas affecté<sup>107</sup>.

#### **B- La protection des créanciers**

---

<sup>102</sup> Cf infra, deuxième partie.

<sup>103</sup> L. 526-3 in fine du Ccom : « le décès du déclarant emporte révocation de la déclaration ».

<sup>104</sup> Art. 2030 Cciv : lorsque le contrat de fiducie prend fin par le décès du constituant, le patrimoine fiduciaire fait de plein droit retour à la succession. Il réintègre donc le gage général des créanciers.

<sup>105</sup> Art. L. 526-14-1 A

<sup>106</sup> « à qui la déclaration est opposable ».

<sup>107</sup> Pour le détail, cf Art. L. 526-14-1 B.

Les mécanismes diffèrent selon l'opération mais la protection des créanciers professionnels demeure garantie.

*Mécanismes différents* - La cession à une personne physique entraîne sa reprise avec maintien de l'affectation dans le patrimoine du cessionnaire ou du donataire. A l'inverse, la cession du patrimoine affecté à une personne morale ou son apport en société entraîne transfert de propriété dans le patrimoine du cessionnaire ou de la société, sans maintien de l'affectation.

*Protection similaire* – Le cessionnaire, le donataire ou le bénéficiaire de l'apport est débiteur des créanciers professionnels<sup>108</sup> de l'entrepreneur en lieu et place de celui-ci, sans que cette substitution emporte novation à leur égard<sup>109</sup>.

In fine, l'EIRL semble non seulement être un excellent outil de protection patrimoniale mais aussi d'organisation de l'activité professionnelle. Dans sa forme simple, les coûts sont assez réduits car la formalité de dépôt de la déclaration est gratuite<sup>110</sup> : l'entrepreneur devra seulement payer les coûts d'immatriculation au registre légal. Si l'entrepreneur opte pour une forme plus compliquée, il devra supporter les frais de notaire et d'expertises d'évaluation.

La position française est en conformité avec la directive européenne du 16 septembre 2009. Cette dernière laisse toujours le choix aux Etats membres entre une société à responsabilité limitée et une entreprise à patrimoine affecté. En créant l'EIRL, la France va offrir deux mécanismes aux entrepreneurs.

Ces instruments juridiques, si séduisants soient-ils, doivent être utilisés avec beaucoup de précautions. Leur charme peut n'être qu'apparence trompeuse. L'union de l'entrepreneur et d'un instrument juridique, fruit d'un coup de foudre de l'instant, peut vite tourner en éclats conjugaux et affecter le patrimoine de l'entrepreneur trompé. De loin l'instrument juridique a

---

<sup>108</sup> En réalité, il s'agit des créanciers mentionnés au 1° de l'article L. 526-11.

<sup>109</sup> Pour le détail, cf Art. L. 526-14-1 B III.

<sup>110</sup> Lorsque la déclaration est déposée simultanément à la demande d'immatriculation au registre de publicité légale.

l'air d'un oasis au milieu du désert de l'entreprise en nom propre ; de près cet instrument peut n'être que poussières. Mirage de protection il y aura eu.

## **DEUXIEME PARTIE : LES LIMITES DE LA PROTECTION DU PATRIMOINE DE L'ENTREPRENEUR**

Les limites de la protection du patrimoine de l'entrepreneur individuel sont de deux ordres. D'une part, il existe des limites en l'absence de difficulté, de procédure collective, plus exactement des obstacles à la mise en place d'instruments de protection du patrimoine. Des circonstances hétérogènes affectent la prise de décision de l'entrepreneur (chapitre 1).

D'autre part, des limites surgissent lorsque qu'une procédure collective est ouverte. A ce moment où la protection du patrimoine est la plus recherchée, l'efficacité des instruments de protection se révèle n'être que relative (chapitre 2).

### **CHAPITRE 1 Les obstacles à la mise en place d'instruments de protection du patrimoine**

Le premier obstacle est d'ordre purement juridique, l'efficacité de la protection n'est que relative (section 1). Quand bien même l'entrepreneur se tournerait vers un outil très protecteur de son patrimoine, la pratique peut s'avérer être un frein à la mise en place de tels instruments : jugés complexes par l'entrepreneur, ils sont en outre contournés par ses créanciers (section 2).

#### **Section 1 L'efficacité juridique relative de la protection patrimoniale**

L'efficacité des instruments juridiques de protection du patrimoine de l'entrepreneur n'est pas absolue. Des limites, parfois propres à chaque régime (§1), ou faisant appel à d'autres branches du droit (§2), affaiblissent la protection patrimoniale<sup>111</sup>.

##### ***§ 1. Les limites propres à chaque régime***

---

<sup>111</sup> Ces limites ont aussi vocation à jouer lors d'une procédure collective, mais ne sont pas propres à ces dernières.

Le degré de protection patrimoniale apparaît parfois très faible en ce qu'il institue une simple priorité d'engagement des biens professionnels. C'est dire que les biens protégés seront engagés à titre subsidiaire en cas d'insuffisance des biens professionnels (A). Lorsque la protection institue une véritable étanchéité patrimoniale, celle-ci peut-être remise en cause par le jeu d'exceptions (B).

#### A- Une protection fondée sur un simple ordre de priorité

Le principe de subsidiarité dans la saisie des biens professionnels instauré par la loi dite « Madelin » du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle ne fait qu'instaurer, comme son nom l'indique, un ordre de priorité dans la saisie des biens de l'entrepreneur. Le créancier professionnel devra d'abord se désintéresser sur les biens professionnels puis sur les biens privés pour le surplus. Ce mécanisme ne joue que sur demande de l'entrepreneur individuel et le régime est très rigoureux<sup>112</sup>.

La fiducie gestion, version transfert de biens professionnels au patrimoine fiduciaire, apparaît n'instituer qu'un simple ordre de priorité. L'article 2025 du Code civil dispose qu'« *en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ces créancier* »<sup>113</sup>. L'étanchéité affichée des patrimoines n'a ainsi lieu que dans un sens : les créanciers personnels de l'entrepreneur constituant ne peuvent pas saisir le patrimoine fiduciaire. En revanche, les créanciers professionnels (de la gestion et de la conservation) disposent d'un gage prépondérant, le patrimoine fiduciaire, et d'un gage subsidiaire, le patrimoine du constituant.

Ce schéma de fonctionnement joue aussi pour la seconde version de fiducie gestion, le transfert au fiduciaire d'éléments d'actifs privés. Mais les conclusions sont différentes. Les créanciers de la gestion conservation, ceux des actifs privés mis en fiducie, peuvent saisir lesdits actifs, et en cas de besoin les biens restés dans le patrimoine de la personne physique (les autres actifs privés et les biens professionnels). En revanche, les créanciers de la personne physique (créanciers privés et professionnels) n'ont pour gage général que son patrimoine. En

---

<sup>112</sup> Cf première partie.

<sup>113</sup> Sauf stipulation contraire du contrat de fiducie mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire.

tout état de cause, les actifs privés mis en fiducie échappent aux créanciers professionnels. La protection est alors pleinement efficace<sup>114</sup>.

#### B- La remise en cause de l'étanchéité patrimoniale par le jeu d'exceptions

Ces propos se concentreront sur l'EIRL. L'étanchéité instaurée par les autres instruments est avant tout tempérée par le recours à des concepts généraux du droit<sup>115</sup>. On précisera simplement que la fiducie gestion, version mise en fiducie d'actifs privés, ne saurait remettre en cause les droits des créanciers du constituant bénéficiaires d'une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie<sup>116</sup>.

L'étanchéité patrimoniale instaurée par la création d'une EIRL peut être remise en cause par le législateur lui-même ou bien par la volonté de l'entrepreneur. D'aucuns parlent de perméabilité légale et de perméabilité contractuelle. La seconde sera traitée à l'occasion de l'étude des moyens de contournement par la pratique<sup>117</sup>.

La perméabilité légale peut avoir lieu dans deux sens :

- Les créanciers professionnels (dont les droits sont nés à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté), qui ont par principe pour seul gage général le patrimoine affecté, peuvent parfois avoir un droit sur les biens non affectés. Il s'agit de l'hypothèse principale. Les biens privés non affectés ne sont alors plus protégés (1).
- Les créanciers privés (les autres créanciers), qui ont pour seul gage général le patrimoine non affecté, peuvent parfois avoir un droit sur le patrimoine affecté. Cette hypothèse sera aussi étudiée car elle entre dans le champ d'étude du présent mémoire. Si, pour simplifier les choses, nous avons utilisé la dichotomie créanciers professionnels / créanciers privés, le texte utilise les termes « créanciers dont les droits sont nés à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté » / « autres

---

<sup>114</sup> Voir infra : il y a des précautions à prendre, eu égard les dispositions applicables en matière de procédures collectives.

<sup>115</sup> Cf § 2.

<sup>116</sup> Art. 2025 Cciv.

<sup>117</sup> Il s'agit de la question de la validité des clauses de réunion de patrimoines.

créanciers ». C'est dire qu'un entrepreneur peut se servir de l'EIRL non pas pour isoler toute son activité professionnelle et ainsi protéger ses biens privés, mais au contraire pour isoler une partie seulement de son activité professionnelle. Il prendra garde à bien définir l'objet de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté. L'objectif n'est plus de protéger ses biens privés, mais de sauvegarder certains biens professionnels qu'on imagine affectés à une activité peu risquée. La protection tombe lorsque « les autres créanciers » peuvent agir contre les biens affectés. Plus classiquement, l'entrepreneur peut aussi vouloir protéger ses biens professionnels de ses créanciers privés (2).

### *1. L'extension du gage des créanciers du patrimoine affecté*

L'article L. 526-11 dispose que *l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée est responsable sur la totalité de ses biens et droits en cas de fraude ou en cas de manquement grave aux règles prévues au deuxième alinéa de l'article L. 526-6 ou aux obligations prévues à l'article L. 526-12*. Le législateur a pris la peine de transposer l'adage « *fraus omnia corrumpit* ». Cette exception sera étudiée avec les autres notions générales du droit.

Le manquement grave à certaines règles porte avant tout préjudice aux créanciers du patrimoine affecté. Deux conditions doivent être réunies. Il doit d'abord s'agir d'un manquement grave et non ordinaire. Seule la violation de deux dispositions entraîne cette sanction extrêmement rigoureuse pour l'entrepreneur.

Le texte vise les conditions de l'affectation patrimoniale : le patrimoine affecté est obligatoirement composé des biens nécessaires à l'exercice de l'activité professionnelle et peut être composé des actifs utilisés sur décision de l'entrepreneur. En réalité, la règle sanctionne avant tout l'affectation obligatoire. Les biens nécessaires à l'activité font partie du gage apparent des créanciers de l'activité, ils doivent en tout état de cause répondre des dettes d'exploitation. La sanction peut paraître disproportionnée car elle étend le gage des créanciers

d'exploitation à tous les biens et non seulement aux biens nécessaires à l'activité. La sanction joue aussi en cas d'affectation d'un même bien à plusieurs patrimoines affectés<sup>118</sup>.

Le texte vise la violation d'autres obligations, celles prévues à l'article L. 526-12. Il s'agit de l'obligation d'établir une comptabilité autonome et d'ouvrir un compte bancaire exclusivement dédié à l'activité à laquelle le patrimoine a été affecté. Il s'agit en quelque sorte d'une cause d'extension de patrimoine pour confusion des deux sous gages, sorte de clone de l'extension de procédure collective pour confusion de patrimoine.

Cette extension du gage est une exception au principe d'étanchéité patrimoniale qui doit être interprétée strictement. Le projet de loi était moins restrictif, il visait *le non respect des règles d'affectation et de séparation du patrimoine*. Le texte adopté par l'Assemblée nationale y ajoutait le non respect des obligations de L526-13 (obligation de dépôt annuel des comptes). Le Sénat a remplacé cette sanction par l'injonction sous astreinte de déposer les comptes<sup>119</sup>.

Au final, l'EIRL apparaît beaucoup plus protecteur que la fiducie gestion, version transfert au fiduciaire de biens professionnels. Il n'existe pas de cas général et non conditionné de report sur le patrimoine non affecté en cas d'insuffisance du patrimoine affecté<sup>120</sup>.

## 2. *L'extension du gage des autres créanciers*

Le texte prévoit une perméabilité patrimoniale en faveur des autres créanciers : *en cas d'insuffisance du patrimoine non affecté, le droit de gage général des [autres] créanciers peut s'exercer sur le bénéfice réalisé par l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée lors du dernier exercice clos*. Il s'agit d'une règle de bon sens. L'EIRL a été pensée pour des entreprises de subsistance. Les bénéfices d'activité, s'ils sont recueillis par le patrimoine professionnel, ont vocation à réintégrer le patrimoine « privé »<sup>121</sup>

---

<sup>118</sup> Il s'agit ici d'une maladresse du législateur. Cette disposition aurait due être enlevée à l'issue de la CMP car en vertu du nouvel article 10 du texte, *un même entrepreneur individuel peut constituer plusieurs patrimoines affectés [seulement] à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013*.

<sup>119</sup> Amendement n°10 rectifié *bis*, présenté par MM. P. Dominati, Cornu, Beaumont et Lefèvre.

<sup>120</sup> Similaire à celui prévu par l'article 2025 alinéa 2 du Cciv.

<sup>121</sup> L'entrepreneur détermine les revenus qu'il verse dans son patrimoine non affecté.



Toutefois, dans l'hypothèse susvisée<sup>122</sup>, cette règle a pour effet d'ouvrir aux créanciers privés et aux créanciers de l'activité professionnelle de l'activité risquée le patrimoine d'affectation (destinée à recueillir l'activité professionnelle non risquée). Il s'agit d'une exception qui est d'interprétation stricte et que le législateur limite lui-même au bénéfice du dernier exercice clos.

Des perméabilités spéciales en faveur du fisc<sup>123</sup> et des organismes sociaux<sup>124</sup> sont prévues.

## **§ 2. Les limites issues d'autres branches du droit**

L'une a vocation à s'appliquer à tous les instruments de protection, la fraude (A), les autres à seulement certains instruments (B).

### **A- L'exception générale de fraude**

L'adage latin « *Fraus omnia corrumpit* » permet de remettre en cause tout acte juridique entaché de fraude par la voie d'une action paulienne. Le créancier devra prouver la fraude et l'insolvabilité du débiteur. La fraude n'implique pas nécessairement l'intention de nuire. Elle résulte de la seule connaissance du préjudice causé au créancier par l'acte litigieux. La sanction réside dans l'inopposabilité de l'acte au créancier poursuivant. L'action ne profite donc qu'à celui qui agit<sup>125</sup>.

La fraude pourrait être retenue lorsque l'entrepreneur affecte un bien à son activité professionnelle dans le but de le soustraire aux poursuites des créanciers privés, qui n'ont pour seul gage que le patrimoine non affecté. Une vente fictive d'un bien à un époux pour faire échec aux poursuites d'un créancier pourrait être remise en cause. Les juges du fond ont une interprétation restrictive afin de préserver la sécurité juridique. Par exemple, la déclaration d'insaisissabilité de son habitation principale par un commerçant mis ultérieurement en liquidation judiciaire n'est pas entachée de fraude dès lors qu'il n'est pas prouvé, par exemple par l'existence de dettes nées antérieurement et restées impayées au jour

---

<sup>122</sup> L'entrepreneur isole dans le patrimoine d'affectation une activité professionnelle peu risquée.

<sup>123</sup> Article 3 du projet, créant l'article L. 273 B au sein du LPF.

<sup>124</sup> Article 4 du projet, créant les articles L. 131-6-3 et L. 133-4-5 au sein du CSS.

<sup>125</sup> Civ 1, 30 mai 2006.

de l'instance, que ce commerçant avait eu conscience au moment de l'acte qu'il était en état de cessation des paiements<sup>126</sup>.

## B- Les exceptions particulières à certains instruments

L'une se révèle quasiment inopérante, la faute de gestion (1). L'autre pourrait remettre en cause la protection patrimoniale, c'est la société créée de fait (2).

### 1. *L'inopérante faute de gestion*

L'article L. 223-22 du Code de commerce régit la responsabilité des gérants de société. Dans le cadre d'une société unipersonnelle, la responsabilité de l'entrepreneur dirigeant envers la société n'a pas lieu d'être car l'action en réparation du préjudice social n'est pas ouverte aux créanciers.

La responsabilité de l'entrepreneur dirigeant envers les tiers, en l'occurrence un créancier, est difficile à établir car ce dernier devra apporter la preuve d'une faute séparable des fonctions<sup>127</sup>. *Il en va ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales*<sup>128</sup>.

Les anciennes jurisprudences qui ont qualifié de faute le fait de passer des commandes trop importantes alors que la société est déjà déficitaire<sup>129</sup> ou le fait de prolonger artificiellement l'existence de la société<sup>130</sup> n'apparaissent pas nécessairement être des fautes de gestion séparables.

Est-ce à dire que tout un chacun est libre de commettre toute faute de gestion non détachable des fonctions ? La réponse est négative pour deux raisons. L'exigence du caractère détachable de la faute ne vaut que pour les gérants de droit et non de fait. Le conjoint de l'entrepreneur, par exemple marié sous un régime communautaire, pourrait engager sa

---

<sup>126</sup> T. com. Pontoise 12-7-2007 n° 2007-L00336

<sup>127</sup> Com, 28 avril 1998.

<sup>128</sup> Com, 20 mai 2003, n° de pourvoi 99-17092. En l'espèce, la cession à un fournisseur de créances antérieurement cédées à une banque constitue une faute séparable des fonctions.

<sup>129</sup> Paris, 10 avril 1934.

<sup>130</sup> Req., 29 avril 1940 (prolonger l'existence de la société, dont le capital est entièrement absorbé par les pertes, au moyen d'avances en compte courant hors de proportion avec les ressources sociales, et qui a profité de cette apparence de prospérité et de solvabilité trompeuse pour obtenir d'un fournisseur un marché à terme)

responsabilité, et ainsi les biens communs, s'il revêt les habits de gérant. Le droit commun s'applique sans qu'il soit besoin de démontrer que la faute soit détachable.

Un autre argument apparaît plus convainquant et moins théorique : l'exigence d'une faute séparable des fonctions tombe en cas d'action en responsabilité pour insuffisance d'actifs. Ce qui n'engageait pas la responsabilité du gérant en période saine se mute en fait générateur de responsabilité en période de liquidation judiciaire<sup>131</sup>.

On peut s'interroger sur l'applicabilité de l'article L.223-22 du Code de commerce à l'EIRL. La réponse apparaît négative car cet article a vocation à régir la responsabilité des gérants de société à responsabilité limitée. Hugues Lettelier en conclut l'absence de risque social (l'EIRL n'est pas une société) et donc le droit à la faute de gestion. C'est peut être tisser l'ouvrage un peu trop vite, car le gouvernement pourrait étendre par voie d'ordonnance l'action en comblement du passif à l'entrepreneur à responsabilité limitée.

## 2. *L'opérante société créée de fait*

*La société créée de fait est la situation dans laquelle deux ou plusieurs personnes se sont comportées en fait comme des associés, mais sans entreprendre les démarches nécessaires à la constitution d'une société*<sup>132</sup>. Cette construction jurisprudentielle consacrée par le législateur<sup>133</sup> peut remettre en cause l'intérêt de la séparation patrimoniale induite par un régime matrimonial à tendance séparatiste.

Le créancier doit prouver la réunion des éléments constitutifs du contrat de société. Toutefois, étant tiers à la société, la jurisprudence a aménagé le régime de la preuve en précisant que « *si l'existence d'une société créée de fait exige la réunion des éléments constitutifs de toute société, l'apparence d'une telle société s'apprécie globalement, indépendamment de la révélation de ces divers éléments* »<sup>134</sup>.

La reconnaissance d'une telle société a pour conséquence l'application du régime de la société en participation<sup>135</sup>. Chacun des associés est ainsi tenu à l'égard des tiers des obligations nées des actes accomplis par l'un des autres, avec solidarité si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas.

---

<sup>131</sup> Cf infra.

<sup>132</sup> Ph. Merle, in Sociétés commerciales, Précis Dalloz, n°614.

<sup>133</sup> Art. 1873 Cciv.

<sup>134</sup> Com., 11 juillet 2006.

<sup>135</sup> Art. 1873 Cciv

La protection patrimoniale, dont l'efficacité juridique n'est que relative, se trouve de surcroît affectée par la pratique des instruments de protection.

## **Section 2 Les limites tenant à la pratique des instruments de protection**

La pratique des instruments de protection révèle des limites d'un double point de vue. L'entrepreneur peut ne pas recourir à de tels instruments eu égard la complexité des régimes juridiques (§ 1). Les partenaires de l'entrepreneur peuvent contourner les instruments de protection (§ 2).

### ***§ 1. La complexité des régimes juridiques***

Il faut partir du constat selon lequel la simplicité est « le nerf de la guerre » pour l'entrepreneur. Il souhaite consacrer l'essentiel de son temps à son cœur de métier et ne pas être entravé par des règles juridiques abstraites.

Le recours à la fiducie sera écarté car cet instrument n'a pas été pensé pour les entrepreneurs individuels. C'est une opération onéreuse qui exige de recourir à un professionnel, établissement de crédit ou avocat<sup>136</sup>, qui aura la qualité de fiduciaire. La formalité de l'enregistrement est requise à peine de nullité<sup>137</sup>. L'entrepreneur n'a pas forcément un patrimoine important au début de son activité de sorte qu'il ne dispose pas de biens à mettre en fiducie. Il recherche davantage un mécanisme de limitation de responsabilité pour ses biens à venir que pour ses biens présents. Il peut alors se tourner vers une forme sociale.

L'EURL, si séduisante soit-elle, n'emporte pas moins création d'une société, d'une personne morale distincte de l'entrepreneur. Cela emporte un certain nombre d'obligations comptables et financières tels que le dépôt annuel des comptes au tribunal de commerce ou la tenue d'un registre des décisions. L'étude d'impact annexée au projet de loi met en avant des « freins psychologiques », « les entrepreneurs ne souhaitent pas créer une personnalité

---

<sup>136</sup> Depuis la LME.

<sup>137</sup> Art. 2019 Cciv.

*morale distincte d'eux-mêmes pour leurs activités entrepreneuriales* ». Ils ne comprennent pas cette fiction juridique qu'est la société et mélangent allégrement deniers personnels et professionnels. Ils pourraient alors être poursuivis pour abus de biens sociaux<sup>138</sup>, sur action du ministère public. Xavier DE ROUX relève « qu'aucune pédagogie favorisant l'EURL n'a été faite depuis la publication de la loi de 1985 »<sup>139</sup>. Loin de l'entrepreneur l'idée de recourir à une forme sociale étrangère puis de s'implanter en France par voie de succursale...

Face au succès en demie teinte de l'EURL, le législateur va peut-être accoucher d'un enfant en gestation depuis de nombreuses années, l'EIRL. Certaines plumes plus critiques font valoir qu'elle ne serait qu'un *ersatz* d'EURL, sans la personnalité morale, avec des obligations tout aussi lourdes. Mais l'intérêt majeur de l'EIRL est justement l'absence de création de personne morale<sup>140</sup>. Cela a pour effet de *libérer la gestion du patrimoine affecté de toute une série de contraintes, propres au droit des sociétés, qui résultent du respect de l'intérêt social*<sup>141</sup>. Sont ainsi inapplicables la dissolution en cas de perte de la moitié du capital social, le régime des conventions réglementées et interdites, la désignation de commissaires aux comptes en cas de dépassement de seuils.

## **§ 2. Le contournement par la pratique des instruments de protection**

La pratique fait apparaître deux principales catégories de créanciers, les banques et les autres créanciers (fournisseurs etc). Les premières seront à même d'exiger des entrepreneurs une surface financière accrue, contournant ainsi la protection patrimoniale mise en place en amont (A). Cela n'enlève pas pour autant tout intérêt à cette protection (B).

### A- Les moyens de contournement

Les banques exigent tantôt une renonciation aux outils de protection (1), tantôt des garanties (2).

---

<sup>138</sup> Par ex, Crim, 14 juin 1993.

<sup>139</sup> X. de ROUX, Mercredi 5 novembre 2008.

<sup>140</sup> Futur Art. L. 526-6.

<sup>141</sup> Par Jean Prieur, Professeur à la Faculté des sciences juridiques et économiques de Perpignan dans *Droit & Patrimoine* 2010 - n°191 du 04/2010.

## 1. L'exigence de renonciation à la protection

La renonciation à la protection patrimoniale a vocation à être demandée lorsque l'objet exclusif de l'instrument en cause est de restreindre le gage des créanciers. Il en va ainsi de la déclaration d'insaisissabilité et de la fiducie. La faculté de renonciation est aussi prévue pour l'EIRL.

La renonciation à la déclaration d'insaisissabilité est un exemple flagrant des limites des instruments de protection. Le législateur vient en quelque sorte défaire de son propre chef son édifice tout juste achevé. L'article L. 526-3 du Code de commerce dispose en son alinéa 4 que *la déclaration peut, à tout moment, faire l'objet d'une renonciation soumise aux mêmes conditions de validité et d'opposabilité*. Faut-il pour autant en conclure que le législateur accouche d'un enfant mort-né ? La réponse nous est fournie par la suite du texte. *La renonciation peut porter sur tout ou partie des biens ; elle peut être faite au bénéfice d'un ou plusieurs créanciers [...]. Lorsque le bénéficiaire de cette renonciation cède sa créance, le cessionnaire peut se prévaloir de celle-ci*. Ainsi, la déclaration d'insaisissabilité peut conserver un intérêt en ce qu'elle peut subsister pour certains biens ou en ce qu'elle peut demeurer opposable à certains créanciers – on peut songer aux créanciers non bancaires. De surcroît, la déclaration d'insaisissabilité peut se métamorphoser en véritable « sûreté négative » pour un créancier<sup>142</sup>. Dans un premier temps, le créancier demande à l'entrepreneur de déclarer un immeuble insaisissable. Dans un second temps, il exige de ce dernier une renonciation à la déclaration en sa faveur. Au final, ce créancier bénéficie d'une quasi hypothèque à moindre coût. Il subira le concours des seuls créanciers privés sur l'immeuble, à l'exclusion des créanciers professionnels (postérieurs).

On a vu que la fiducie gestion, version transfert de biens privés au patrimoine fiduciaire, est pleinement efficace pour préserver des actifs privés. La portée de cette efficacité pourrait être réduite lors de l'octroi d'un prêt. Son montant sera alors fonction de la surface financière de l'entrepreneur. Aussi faudrait-il lui conseiller de ne pas recourir à la fiducie gestion ou tout au moins de prévoir des modalités de rapatriement des actifs mis en fiducie dans le contrat<sup>143</sup>. Le constituant entrepreneur, qui sera souvent le bénéficiaire, pourra

---

<sup>142</sup> Mécanisme proposé par le Professeur P. Crocq lors du colloque du 10 mai 2010, « Théorie du patrimoine : unité ou affectation ? », CSN, 60 boulevard de La Tour Maubourg, Paris 7e.

<sup>143</sup> Art. 2012 Cciv : la fiducie est établie par la loi ou par contrat.

révoquer le contrat de fiducie<sup>144</sup>. Au demeurant, les contrats de fiducie sont souvent rédigés de façon à ce qu'on puisse métamorphoser une fiducie gestion en une fiducie sûreté. D'un instrument de protection on fait un instrument de perdition.

Le projet de loi relatif à l'EIRL permet à l'entrepreneur de renoncer à l'affectation<sup>145</sup>. S'il continue l'activité, la déclaration cesse alors de produire ses effets<sup>146</sup>. Selon nous, plutôt que d'étendre son droit de gage général, un créancier aurait tout intérêt à obtenir un droit de préférence sur certains actifs du débiteur<sup>147</sup>.

## 2. *L'exigence de garanties*

Les créanciers bancaires exigeront des garanties lorsque l'outil de protection n'a pas pour unique finalité de protéger le patrimoine de l'entrepreneur. On n'exigera pas d'un gérant d'EURL qu'il exerce en nom propre ou d'un couple marié sous un régime séparatiste qu'il se tourne vers un régime communautaire.

Le banquier peut d'abord exiger « un second gage général », en sus de celui constitué soit par le patrimoine de l'entrepreneur en nom propre marié sous un régime séparatiste<sup>148</sup>, soit par le patrimoine social<sup>149</sup>. Dans le premier cas, le banquier exigera que le conjoint se porte caution. Dans le second, ce sera l'entrepreneur personne physique qui se portera caution, engageant ainsi ses biens privés. On peut imaginer un cumul de ces garanties personnelles. Le banquier peut aussi se tourner vers une garantie réelle, telle qu'une hypothèque, pour ne pas subir les éventuelles faiblesses d'un second gage simplement général. Enfin, le banquier peut cumuler les garanties personnelles et réelles.

---

<sup>144</sup> Art. 2028 Cciv : le contrat de fiducie peut être révoqué par le constituant tant qu'il n'a pas été accepté par le bénéficiaire.

<sup>145</sup> Art. L. 526-14.

<sup>146</sup> En cas de cessation concomitante à la renonciation de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté, les créanciers mentionnés aux 1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup> de l'article L. 526-11 conservent pour seul gage général celui qui était le leur au moment de la renonciation.

<sup>147</sup> Une question surgit néanmoins : l'entrepreneur peut-il consentir une sûreté à un créancier du patrimoine affecté sur un bien non affecté, et inversement ? Cf développements infra, après la clause de réunion de patrimoine.

<sup>148</sup> Seuls les biens personnels de l'entrepreneur, par hypothèse d'une valeur réduite, répondent des dettes d'exploitation.

<sup>149</sup> Seuls les actifs de la société par hypothèse d'une valeur réduite, répondent des dettes d'exploitation.

Plus délicate est la question des garanties en présence d'une EIRL. Au préalable, il convient de faire une correction terminologique. L'entrepreneur qui a créé une EIRL demeure à la tête des deux patrimoines, professionnel et privé. Or, il est de tradition de dire qu'on ne peut pas être débiteur principal et garant<sup>150</sup>. C'est pourquoi il convient de parler de clause de réunion de patrimoine et non de cautionnement.

Le problème de la validité d'une telle clause ne se pose, selon nous, que si elle est stipulée au profit d'un ou plusieurs créanciers. En effet, une clause au profit de l'ensemble des créanciers semble valoir renonciation à l'EIRL, entraînant la cessation de ses effets.

Le texte élaboré par la Commission mixte paritaire demeure muet sur ce point. Voici les quelques réflexions qu'on peut faire. En créant une EIRL, l'entrepreneur scinde son gage général en deux. Il y a, pour simplifier, un patrimoine professionnel, gage général exclusif des créanciers professionnels, et un patrimoine privé, gage exclusif des créanciers privés. Or, en ouvrant le patrimoine privé à un créancier professionnel, on affecte nécessairement le droit de gage général des créanciers privés. Le gâteau doit être partagé entre plus de convives, avec un intrus, le créancier professionnel bénéficiaire de la clause de réunion de patrimoine. On peut alors adopter deux raisonnements différents, un par analogie aux sûretés et l'autre qui fait de l'EIRL un outil autonome.

*Par analogie aux sûretés* – La clause de réunion de patrimoine stipulée en faveur d'un créancier se rapproche d'un cautionnement et non d'une sûreté conférant un droit de préférence. Le créancier professionnel bénéficiaire va concourir sur le patrimoine privé avec les autres créanciers privés au marc le franc<sup>151</sup>. Tout comme le cautionnement, il est opposable aux créanciers privés sans formalité. Il ne confère nullement un droit de préférence sur le patrimoine privé par rapport aux autres créanciers privés. Dès lors, on ne voit pas pourquoi il y aurait une formalité d'opposabilité à accomplir, telle qu'une dépossession ou une mesure de publicité.

*L'EIRL, outil autonome* – Les créanciers privés se sont engagés avec la certitude d'être les seuls à se partager le patrimoine privé. *Les créanciers dont les droits sont nés à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté ont pour seul gage général le patrimoine affecté.* Ouvrir le patrimoine privé à un créancier

---

<sup>150</sup> Cass. com., 28 avril 1964 : « Celui qui est débiteur d'une obligation à titre principal ne peut être tenu de la même obligation comme caution ».

<sup>151</sup> On se place ici dans l'hypothèse où aucun créancier privé n'a de privilège.



professionnel, c'est porter atteinte à leurs droits et remettre en cause cette certitude. Dès lors, une clause de réunion de patrimoine ne serait opposable qu'après publication et qu'aux seuls créanciers postérieurs à cette publication. Elle ne saurait être opposable aux créanciers privés antérieurs, sauf acceptation expresse.

*Parallélisme des conditions d'atteinte au droit de gage général*<sup>152</sup> – On peut raisonner par analogie avec un autre cas d'atteinte au droit de gage général des créanciers, celui de l'opposabilité de l'EIRL aux créanciers antérieurs à sa création. En l'espèce, une clause de réunion de patrimoine stipulée en faveur d'un créancier serait valable sous les mêmes conditions, à savoir l'information individuelle de ces derniers et l'absence d'opposition.

Ce raisonnement peut être transposé à l'octroi d'une sûreté à un créancier du patrimoine affecté sur un bien non affecté, et inversement. En effet, cela porte atteinte au droit de gage des créanciers du patrimoine non affecté, qui verront le bien servir en priorité au remboursement de la dette du créancier privilégié.

Face à ces stratégies des créanciers, les débats sur l'EIRL ont fait apparaître la nécessité de développer l'assurance crédit via des organismes tels qu'OSEO ou la SIAGI. Deux obstacles subsistent néanmoins. Cette assurance crédit a un coût financier pour l'entrepreneur, estimé à 1,20 % de l'encours par an. Par ailleurs, lesdits organismes exigent eux-mêmes des garanties.

## B- Les intérêts de la protection

Ces stratégies de contournement ôtent-elles tout intérêt aux outils de protection patrimoniale ? La réponse est négative pour deux raisons principales. D'abord, la logique est inversée : d'un principe d'engagement général du patrimoine, on passe à celui d'engagement d'actifs particuliers (1). Ensuite, l'entrepreneur bénéficie de régimes juridiques très protecteurs (2). Les présents développements se concentreront sur les instruments juridiques créant un gage spécifique aux créanciers professionnels, le recours à la forme sociale ou à l'EIRL.

---

<sup>152</sup> Paragraphe ajouté après mise en ligne du rapport de la CMP (01/05/2010)

### *1. Du principe d'engagement général du patrimoine à celui d'engagement d'actifs particuliers*

La création par l'entrepreneur d'une société ou EIRL renverse complètement la logique du système. Il passe d'une situation subie où il engage la totalité de son patrimoine à une situation choisie où il décide de l'affectation de certains actifs à l'activité professionnelle. Certes, l'exigence de garanties par un créancier viendra souvent remettre en cause cet équilibre initial. Mais là encore, l'octroi de garanties fait l'objet d'une décision de l'entrepreneur. Il est amené à prendre conscience de ses actes et à mettre en balance les perspectives de création de richesses face aux risques encourus.

En outre, cela permet d'améliorer la lisibilité et l'acceptabilité de la règle de droit et donc de rapprocher les règles juridiques des sujets de droit.

### *2. L'application de régimes juridiques protecteurs*

Si le banquier est, en raison du rapport de force existant, libre d'exiger des garanties, il s'oblige à suivre le régime desdites garanties.

En premier lieu, il se doit de respecter le principe de subsidiarité des sûretés sur biens privés. L'article L. 313-21 du code monétaire et financier dispose que *l'établissement de crédit qui a l'intention de demander une sûreté réelle sur un bien non nécessaire à l'exploitation ou une sûreté personnelle consenti par une personne physique doit informer [...] l'entrepreneur de la possibilité [...] de proposer une garantie sur les biens [professionnels] et doit indiquer [...] le montant de la garantie qu'il souhaite obtenir*<sup>153</sup>. Ce mécanisme vise à inciter les banques à accepter de prendre des garanties en priorité sur les biens professionnels. Il s'agit là d'une simple priorité. En cas d'insuffisance de ces biens, les banques pourront exiger des sûretés engageant des biens privés. En cas de non respect de cette disposition, la banque ne peut se prévaloir des garanties dans ses relations avec l'entrepreneur. Cette sanction apparaît bien faible à deux égards. D'abord, la banque pourra se prévaloir de la

---

<sup>153</sup> Pour le détail du mécanisme, cf art. L. 313-21.

sûreté dans ses relations avec un tiers – on songe à une caution amie ou conjoint<sup>154</sup>. Ensuite, il semble que le dispositif ne soit pas applicable aux sûretés proposées spontanément par l'entrepreneur<sup>155</sup>.

En second lieu, l'entrepreneur bénéficie du régime extrêmement protecteur des sûretés. On prendra l'exemple du cautionnement<sup>156</sup>. Un cautionnement consenti envers un créancier professionnel requiert une mention manuscrite déterminée à peine de nullité<sup>157</sup>, est consenti à hauteur d'un montant et d'une durée déterminés et doit être proportionné<sup>158</sup>. Le droit des procédures collectives prévoit que la suspension des poursuites profite aux personnes physiques cautions en période de sauvegarde<sup>159</sup> et de redressement judiciaire<sup>160</sup>. On pourrait alors penser que la situation de l'associé caution serait pire que celle de l'entrepreneur individuel mis en liquidation judiciaire. L'associé resterait tenu à la dette en tant que caution alors que l'entrepreneur individuel pourrait bénéficier d'une clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif. C'est oublier que la procédure de surendettement des particuliers est désormais ouverte aux personnes physiques cautions<sup>161</sup>.

Des obstacles naissent ainsi lors du recours à des instruments de protection ou bien lors de la vie entrepreneuriale. Se limiter à leur étude serait faire fi d'un aspect important, celui de l'efficacité relative des instruments de protection lors d'une procédure collective.

## **CHAPITRE 2 L'efficacité relative des instruments de protection lors d'une procédure collective**

---

<sup>154</sup> En ce sens, Cass, Com, 3 juin 2009. Cela soulève des difficultés lors du recours de la caution contre l'entrepreneur.

<sup>155</sup> Cf la lettre du texte : « *l'établissement de crédit qui a l'intention de demander une sûreté réelle...* ».

En ce sens, Bordeaux, 4 avril 2001.

La frontière entre « l'établissement qui a l'intention de demander » et l'entrepreneur qui propose spontanément apparaît plus que difficile à tracer.

<sup>156</sup> Droit civil - Les sûretés - La publicité foncière, en P. Malaurie L. Aynès, P. Crocq, Defrénois, 4e éd., 2009, en particulier n°111 p. 25.

<sup>157</sup> Art. L. 341-2 C conso.

<sup>158</sup> Art. L. 341-4 C conso.

<sup>159</sup> Art. L. 622-28 al. 2 Ccom

<sup>160</sup> Art. L. 631-14 al. dernier du Ccom, qui n'exclut que l'application de L. 622-26 al. 2 et L. 622-28 al. 1 (arrêt du cours des intérêts).

<sup>161</sup> Art. L. 330-1 al. 1 Cconso : « *L'impossibilité manifeste pour une personne physique de bonne foi de faire face à l'engagement qu'elle a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérise également une situation de surendettement* ».

L'efficacité des instruments de protection lors d'une procédure collective apparaît relative à deux égards. D'une part, elle dépend de la « réception », de l'« acceptation », desdits instruments par le droit des procédures collectives (section 1). D'autre part, quand bien même l'instrument serait accepté, son efficacité peut être affectée par un mécanisme autonome, véritable couperet des procédures collectives, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif (section 2).

### **Section 1 Une efficacité dépendante de la réception des instruments par le droit des procédures collectives**

Le terme « réception » est volontairement non juridique. Il vise une diversité de mécanismes juridiques traduisant la remise en cause d'un instrument de protection. Elle passe par une inopposabilité, une nullité ou bien par une extension de procédure. Elle est tantôt fruit d'incertitudes (§ 1), tantôt conditionnée (§ 2).

#### ***§ 1. Une réception incertaine par le droit des procédures collectives***

Les incertitudes demeurent pour la déclaration d'insaisissabilité (A) et sont à venir pour l'EIRL (B).

##### **A- L'opposabilité incertaine de la déclaration d'insaisissabilité**

On peut d'abord observer que la déclaration d'insaisissabilité ne correspond à aucun des cas de nullité de la période suspecte. L'exception générale de fraude demeure toutefois applicable.

Si on appliquait à la lettre l'article L. 526-1 du Code de commerce, la déclaration devrait être opposable aux créanciers professionnels postérieurs à la publication. Cette simplicité n'est qu'apparente. Les incertitudes sur la portée des effets de la déclaration d'insaisissabilité en cas de liquidation judiciaire de l'entrepreneur individuel résultent de la combinaison de deux éléments conflictuels. D'un côté, la procédure n'est plus individuelle mais collective ; le liquidateur agit dans l'intérêt de l'ensemble des créanciers. D'un autre côté, il peut y avoir deux catégories de créanciers professionnels, les créanciers antérieurs à la

déclaration - à l'égard de qui elle n'a aucun effet - et les créanciers postérieurs à la déclaration - qui leur est pleinement opposable. Le liquidateur, représentant de créanciers aux droits différents, peut-il saisir le bien immobilier déclaré insaisissable ? La réponse semble être positive : le liquidateur peut saisir un bien déclaré insaisissable en raison de l'existence d'un seul créancier antérieur, alors que tous les autres sont des créanciers postérieurs à la déclaration<sup>162</sup>.

Plus délicate est la question de l'éventuel surplus du prix de vente du bien immobilier, après désintéressement du créancier antérieur à déclaration. Le droit positif n'est pas établi. Selon certains, seuls les créanciers antérieurs (à qui la déclaration est inopposable) ont vocation à se faire payer sur le prix de vente<sup>163</sup>. L'éventuel surplus reviendrait donc à l'entrepreneur. On pourrait le subordonner à l'exigence de son emploi à l'acquisition d'une résidence principale dans un délai d'un an, par analogie avec la cession d'un bien insaisissable. L'essence du texte est ici préservée.

Des juges du fond ont adopté une toute autre vision des choses. Dans un jugement rendu par le TGI de Nancy le 6 juillet 2009, il a été jugé que si une déclaration d'insaisissabilité empêche les créanciers professionnels ayant une créance postérieure à la publication de la déclaration d'insaisissabilité de saisir le bien immobilier, elle n'empêche pas ces derniers de se rembourser sur le bien en cas de saisie par un créancier auquel la déclaration d'insaisissabilité est inopposable<sup>164</sup>. Une telle position vide la déclaration de tout intérêt au moment où l'entrepreneur en a le plus besoin. Le récent arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 3 février 2009 n'est pas venu mettre un terme au débat<sup>165</sup>.

Une solution sage pourrait être d'instaurer une exception au caractère collectif de la procédure : les créanciers à qui la déclaration est inopposable devraient saisir personnellement

---

<sup>162</sup> En ce sens, Cour d'appel d'Orléans, chambre commerciale, 15 mai 2008, N° de RG: 07/01076 : le liquidateur judiciaire est fondé à faire juger qu'est inopposable aux créanciers ayant déclaré une créance au passif de la liquidation judiciaire la déclaration d'insaisissabilité d'un immeuble souscrite, sur le fondement de l'article L. 526-1 du code de commerce, par le débiteur en justifiant que les droits de chacun de ces créanciers sont nés antérieurement à la publication de la déclaration d'insaisissabilité.

Contra : certains auteurs estiment que la déclaration joue pleinement son rôle quelle que soit la date de naissance de chaque créance.

<sup>163</sup> F. Legrand et O. Staes, La détermination du patrimoine du débiteur, Rev. proc. coll. 2008, p. 106, n° 39

<sup>164</sup> Etude d'impact relatif à l'EIRL, janvier 2010

<sup>165</sup> n° de pourvoi 08-10.303 : statuant exclusivement sur la recevabilité de la demande d'un liquidateur, tendant à voir déclarer inopposable à la procédure collective, la déclaration d'insaisissabilité du débiteur, sans apprécier l'effet de celle-ci, une cour d'appel, qui a constaté l'absence de litige entre les créanciers de la liquidation judiciaire et le débiteur, en a souverainement déduit l'absence d'intérêt à agir du liquidateur au sens de l'article 31 du code de procédure civile.

le bien immobilier ou se joindre à la procédure. L'éventuel surplus devrait, selon nous, revenir au débiteur sans qu'il puisse faire l'objet d'une saisie par les autres créanciers professionnels.

## B- La réception incertaine de la future EIRL

L'article 5 du texte relatif à l'EIRL habilite le Gouvernement à prendre des dispositions par voie d'ordonnance pour adapter le régime des procédures collectives au patrimoine affecté de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. L'efficacité de l'EIRL est conditionnée par son opposabilité à la procédure collective. Or, le droit actuel des procédures collectives a vocation à s'appliquer à une personne, physique (entrepreneur en nom propre) ou morale, en tenant compte de l'ensemble de son patrimoine et de ses créanciers, et non à un patrimoine affecté. Demain, il faudra qu'une procédure collective puisse être ouverte à l'égard d'une entreprise, « d'un patrimoine affecté », et non plus d'un débiteur. On ne peut que se réjouir de la modification apportée au texte initial qui prévoyait son entrée en vigueur dès sa publication. Il semble s'être formé un consensus pour que l'entrée en vigueur soit différée au jour de la publication de l'ordonnance<sup>166</sup>.

Les incertitudes demeurent néanmoins quant à l'opposabilité de l'EIRL à la procédure collective. Il se pose la question de l'articulation de la procédure de surendettement – qui s'appliquerait au patrimoine non affecté<sup>167</sup> – et de la procédure collective – qui s'appliquerait au patrimoine affecté. Des risques de divergences pourraient naître quant à l'appréciation de la qualité des créanciers : un créancier pourrait être reconnu à la fois créancier du patrimoine affecté (« professionnel ») et créancier du patrimoine non affecté (privé ou créancier de l'activité professionnelle qui n'est pas l'objet de l'affectation). L'étanchéité patrimoniale n'aurait alors pas lieu à son égard. Peut-être faudrait-il prévoir la compétence d'un unique tribunal, ou à tout le moins joindre les procédures, pour répartir les créanciers entre les deux sous gages généraux.

Enfin, les transferts de biens entre les deux sous patrimoines, en particulier le rapatriement de biens affectés dans le patrimoine non affecté, pourraient donner lieu à un nouveau cas de nullité de la période suspecte.

---

<sup>166</sup> Art. 10 du texte.

<sup>167</sup> Il pourrait y avoir une procédure collective visant les biens non affectés. Le patrimoine non affecté peut contenir des biens privés et professionnels.

## § 2. Une réception conditionnée par le droit des procédures collectives

Le droit positif est ici assez bien établi. La réception conditionnée vaut pour la fiducie (A) et la société (B).

### A. La réception conditionnée de la fiducie

On a vu que la fiducie gestion, version transfert d'actifs privés au fiduciaire, pouvait être un instrument de protection efficace. Cette efficacité est toutefois conditionnée en procédures collectives.

D'abord, une disposition spéciale, l'article L. 641-12-1, est un véritable couperet : « *Si le débiteur est constituant et seul bénéficiaire d'un contrat de fiducie, l'ouverture ou le prononcé d'une liquidation judiciaire à son égard entraîne la résiliation de plein droit de ce contrat et le retour dans son patrimoine des droits, biens ou sûretés présents dans le patrimoine fiduciaire* ». Ce texte peut facilement être rendu inapplicable en créant plusieurs bénéficiaires ou bien en faisant du conjoint le bénéficiaire de la fiducie.

Ensuite, l'entrepreneur devra constituer une fiducie gestion suffisamment en amont afin d'éviter les nullités de la période suspecte. En vertu de l'article L.632-1 9°, est nul de plein droit tout transfert fiduciaire consenti par le débiteur en cessation des paiements. Il s'agit d'une interdiction générale de recourir à la fiducie gestion en période suspecte<sup>168</sup>.

### B. La réception conditionnée de la société

En principe, seuls les actifs du débiteur personne morale, la société, pourront faire l'objet d'une liquidation judiciaire. L'article L. 621-2 du Code de commerce permet d'étendre la procédure à une ou plusieurs autres personnes dans deux hypothèses distinctes.

L'article vise d'abord la confusion de patrimoines. La jurisprudence a identifié deux cas<sup>169</sup>. Le premier est la confusion des comptes, c'es-à-dire l'imbrication des éléments d'actif et de passif composant les patrimoines. L'entrepreneur devra prendre garde à respecter

---

<sup>168</sup>L'exception prévue par le texte « à moins que ce transfert ne soit intervenu pour garantir une dette concomitamment contractée » ne se conçoit que dans le cadre d'une fiducie sûreté et non d'une fiducie gestion.

<sup>169</sup> En réalité, en fonction des auteurs, il s'agit de critères alternatifs ou bien simplement d'indices.

l'obligation de comptabilité autonome. A défaut, cela pourrait aboutir à l'extension de la procédure visant sa société unipersonnelle à son patrimoine personnel ou bien à une autre société unipersonnelle<sup>170</sup>. Le second cas est l'existence de relations financières anormales. Il s'agit de *transferts patrimoniaux injustifiés ayant entraîné un déséquilibre patrimonial significatif*<sup>171</sup>. Cela permettrait selon nous d'étendre la procédure à une autre société unipersonnelle de l'entrepreneur individuel, mais peut-être pas à son patrimoine personnel. En effet, l'entrepreneur, associé unique, a vocation à recevoir les fruits de son activité<sup>172</sup>.

La jurisprudence interprète strictement cette première exception. La confusion des patrimoines ne saurait résulter du seul fait de l'existence d'un engagement de caution et d'une hypothèque donnée sur des biens personnels par le dirigeant de l'EURL<sup>173</sup>. On notera que cette exception pourrait aussi supprimer l'intérêt d'un régime matrimonial à tendance séparatiste<sup>174</sup>.

L'article vise ensuite la fictivité de la personne morale. Elle suppose l'absence d'un élément constitutif de la société<sup>175</sup>. L'entrepreneur pourrait ainsi subir une extension de procédure s'il gère les biens sociaux comme les siens propres. Cela aboutit à lever le voile de la personne morale. Le dirigeant est alors considéré comme exploitant en nom propre, tout son patrimoine est engagé.

Une fois passé le test de la réception par le droit des procédures collectives et ainsi avoir acquis le *droit au respect*, certains instruments pourraient subir la contre-attaque d'une action propre aux procédures collectives, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif.

## **Section 2 Une efficacité tempérée par la responsabilité pour insuffisance d'actif**

---

<sup>170</sup> Il est possible de constituer plusieurs EURL

<sup>171</sup> Entreprises en difficultés, Mmes Pérochon et Bonhomme, LGDJ, 6<sup>ème</sup> édition, n°156.

<sup>172</sup> L'existence de relations financières anormales entre l'entrepreneur et la société relève davantage de la première hypothèse, la confusion de patrimoines.

<sup>173</sup> CA Bordeaux, 2e ch., 13 juillet 1993

<sup>174</sup> Com, 15 février 2000, n° pourvoi 97-12997 : confusion des patrimoines entre époux mariés sous le régime de la séparation des biens.

<sup>175</sup> Par exemple, Rouen, 16 décembre 1999 : extension de la procédure de liquidation d'une EURL à son unique associé, les apports fictifs ou négatifs effectués par ce dernier démontrant le caractère fictif de la société.



L'action en responsabilité pour insuffisance d'actifs permet de contourner la limitation de responsabilité induite par la création d'une EURL ou SASU (§1). Elle pourrait être étendue à l'EIRL (§2).

### ***§ 1. La responsabilité du dirigeant de la société unipersonnelle***

L'article L. 651-2 du Code de commerce permet d'engager la responsabilité de l'entrepreneur dirigeant de droit de la société unipersonnelle. L'action est exclusive de toute autre action en responsabilité pour faute de gestion (L.223-22). On étudiera ses conditions d'application (A) puis ses effets (B).

#### **A- Les conditions d'application**

Trois conditions sont requises : une faute de gestion, une insuffisance d'actif et un lien de causalité entre ces deux éléments. La quasi-immunité conférée à l'entrepreneur dirigeant d'une société unipersonnelle lors de la vie sociale est anéantie lors d'une procédure de liquidation judiciaire. En effet, il suffit alors de prouver une simple faute de gestion commise antérieurement au jugement d'ouverture<sup>176</sup>. Le caractère séparable des fonctions n'est pas une condition de responsabilité du dirigeant. Il suffit que la faute soit relative à la direction de l'entreprise. On peut penser à la poursuite d'une activité déficitaire, à la tenue approximative d'une comptabilité ou encore au retard dans la déclaration de cessation des paiements.

Il faut en outre démontrer une insuffisance d'actif. Il en va ainsi lorsque le passif antérieur est supérieur à l'actif existant au moment où le juge statue.

Enfin, il faut établir un lien entre la faute de gestion et l'insuffisance d'actif. La jurisprudence est très rigoureuse à l'égard du dirigeant. La faute de gestion peut n'être que l'une des causes du préjudice subi. Il peut alors être condamné à supporter la totalité des dettes sociales même si sa défaillance n'est à l'origine que d'une partie d'entre elles<sup>177</sup>. La part contributive de cette faute dans l'insuffisance d'actifs importe peu.

---

<sup>176</sup> Com, 14 mars 2000 : L. 651-2 ne s'applique pas aux fautes commises postérieurement au jugement d'ouverture. L. 223-22 joue à nouveau, il faut donc prouver le caractère détachable de la faute.

<sup>177</sup> Com, 30 novembre 1993.

## B- Les effets

L'entrepreneur dirigeant peut être condamné à supporter, en tout ou partie, l'insuffisance d'actif. Le tribunal dispose d'un très large pouvoir d'appréciation. L'action a une nature indemnitaire de sorte que la condamnation ne saurait excéder le montant de l'insuffisance d'actif. Mais le tribunal peut aussi décider de ne pas condamner l'entrepreneur alors même que les conditions seraient remplies. L'entrepreneur aura donc tout intérêt à être un « honnête commerçant » dont les affaires ont mal tourné.

Les sommes versées par le dirigeant sont réparties au marc le franc entre tous les créanciers, à l'exclusion du dirigeant.

### *§ 2. L'éventuelle responsabilité de l'entrepreneur à responsabilité limitée*

Le gouvernement, qui doit réformer le droit des procédures collectives à l'EIRL, pourrait adapter le régime de l'article L.651-2 à l'EIRL ou bien créer un dispositif similaire spécialement applicable à l'EIRL<sup>178</sup>. L'entrepreneur pourrait alors supporter tout ou partie de l'insuffisance d'actif du patrimoine professionnel sur son patrimoine personnel. Il s'agirait d'un nouveau cas de perméabilité légale applicable en cas de liquidation judiciaire.

De ces dispositions dépendront la crédibilité de l'EIRL. Il serait peut-être appréciable d'encadrer les conditions d'une telle action, car un trop large pouvoir d'appréciation peut laisser place à l'arbitraire.

---

<sup>178</sup> Le texte issu de la CMP autorise le gouvernement à prendre des dispositions notamment en matière de responsabilités et sanctions encourues par l'entrepreneur.

## CONCLUSION

A l'issue des présents développements, on peut faire deux constatations. Nous revêtrons tour à tour la robe du juriste puis le costume de l'entrepreneur.

*Sur le plan théorique* – Une révolution copernicienne est en train de se produire.

On peut d'abord songer à une petite révolution. Avec l'EIRL, le législateur ne ferait qu'introduire une dérogation supplémentaire à l'article 2284 du Code civil. Selon le rapport De Roux, le principe d'unicité du patrimoine ne constitue pas un principe supérieur du droit auquel le législateur ne pourrait déroger. De nombreuses dérogations existent, telle que l'acceptation à concurrence de l'actif net. Le patrimoine du défunt, sorte de sous-patrimoine, est l'unique gage des créanciers, l'héritier n'est tenu de ses dettes que dans les limites de l'actif successoral.

On peut songer à une grande révolution, la modification de la conception du patrimoine. Selon Aubry et Rau, le patrimoine, inhérent à la personnalité, était un et indivisible. De ce principe découlait celui d'unicité du droit de gage. Demain, l'élément de rattachement du patrimoine ne sera plus le sujet de droit mais sa destination. Une personne pourra donc avoir plusieurs patrimoines – plusieurs gages en somme – chacun affecté à un objet différent.

Nous sommes favorables à cette évolution. Le droit est au service des justiciables, et non l'inverse. Les grands principes juridiques ne sauraient être un frein au développement sociétal. En 1985, le législateur a renoncé au caractère contractuel de la société. Demain, au nom de la protection de l'entrepreneur individuel, il renoncera au sacrosaint principe d'unicité du patrimoine. Les garde-fous mis en place nous paraissent garantir un degré de sécurité juridique suffisant. Au final, la volonté de parvenir à un équilibre entre la simplicité du dispositif, la sécurité juridique qu'il doit garantir et la confiance qu'il doit préserver dans les relations économiques<sup>179</sup> est respectée.

*Sur le plan pratique* – Si l'existence d'outils de protection apparaît être une amélioration de la condition entrepreneuriale, leur mise en œuvre se heurte au partage du risque. D'abord, le banquier, simple pourvoyeur de fonds, n'a pas vocation à supporter les aléas de l'activité. Ce n'est pas un capital-risqueur. L'exigence de garanties apparaît légitime. Cela amène à s'interroger sur un autre aspect, intimement lié à la protection patrimoniale,

---

<sup>179</sup> Jean-Jacques HYEST, rapport déposé le 24 mars 2010.

l'accès au crédit. Il est inversement proportionnel au degré de protection patrimoniale, qui fixe la surface financière dédiée aux créanciers professionnels. C'est pourquoi il paraît nécessaire de renforcer l'accès au crédit pour les entrepreneurs. Le législateur dispose d'une variété de leviers, tels que l'incitation fiscale à investir dans des micro-entreprises, le développement du micro-crédit<sup>180</sup> ou la création du Médiateur du Crédit aux entreprises. *La mission de médiation du crédit est ouverte à tout chef d'entreprise, artisan, commerçant, profession libérale, créateur ou repreneur d'entreprise, entrepreneur individuel qui rencontre avec sa ou ses banques des difficultés pour résoudre ses problèmes de financement ou de trésorerie*<sup>181</sup>. En outre, OSEO, également appelé « Banque publique », peut être une alternative aux banques commerciales traditionnelles. Cet organisme exerce trois métiers principaux : l'aide à l'innovation, la garantie des concours bancaires et des investisseurs en fonds propres et le financement des investissements et du cycle d'exploitation en partenariat avec les établissements bancaires.

Ensuite, les différents boucliers octroyés aux entrepreneurs peuvent se transformer en armes d'assaut. Est-il besoin de rappeler que le crédit interentreprises est très développé en France, de sorte que ce qui est pour un entrepreneur un instrument de protection est pour l'autre un instrument de perdition ?

*Après-demain – Quel sera le prochain refuge dans l'ascension du Mont protection du patrimoine de l'entrepreneur ? De la vallée insaisissabilité, le législateur a tenté une percée vers la colline société unipersonnelle. Demain, il aspire à atteindre les plateaux divisibilité du gage. De ces derniers on aperçoit déjà les traits du Mont-Blanc de la protection, le concept de propersonnalité*<sup>182</sup>. C'est l'étage ultime d'un édifice simple, *responsabilité – gage – saisie*. Il est fondé sur la création d'une personnalité juridique dédiée au patrimoine professionnel. Chaque personne aurait ainsi deux personnalités juridiques, l'une civile et l'autre professionnelle. Mais n'est-ce pas là le fantôme de l'EURL ou de l'EIRL ? La réponse est négative. Cette ultime protection s'appliquerait de plein droit, et non sur option, à tout entrepreneur individuel afin de limiter sa responsabilité à son seul patrimoine professionnel.

---

<sup>180</sup> Colloque du 11 mai 2010, La micro-finance, du micro-crédit au *social business*, La Sorbonne, Amphithéâtre Liard.

<sup>181</sup> Voir site [www.mediateurducredit.fr](http://www.mediateurducredit.fr).

<sup>182</sup> La non-adoption de la "propersonnalité" par Étienne Dubuisson.

<sup>183</sup> 105<sup>ème</sup> Congrès des notaires de France, Quatrième commission, 5<sup>ème</sup> proposition : poursuivre une réflexion « en vue de doter tout individu, pour les besoins de l'exploitation de son patrimoine professionnel, d'une personnalité juridique particulière dénommée « propersonnalité » ; le gage du créancier s'étendrait alors à raison de celle des personnalités, civile ou professionnelle, dont procède la dette ».

*C'est un effet légal attaché à la reconnaissance d'une qualité objective. Ce ne seraient alors plus les statues des deux commandeurs qu'étaient Aubry et Rau qui seraient mises au rebus, mais les soubassements de notre système juridique.*

Sommaire .....	3
Introduction.....	4
PREMIERE PARTIE : LES INSTRUMENTS JURIDIQUES DE PROTECTION DU PATRIMOINE DE L'ENTREPRENEUR .....	7
CHAPITRE 1 Les instruments juridiques visant à sauvegarder des biens privés .....	7
Section 1 L'utilisation d'instruments juridiques de droit commun .....	7
§ 1. Les régimes matrimoniaux à tendance séparatiste .....	7
§ 2. La fiducie gestion ayant pour objet des biens privés.....	9
Section 2 L'utilisation d'instruments juridiques spécifiques.....	10
§ 1. Le principe de subsidiarité des poursuites des biens privés .....	10
§ 2. La déclaration d'insaisissabilité.....	11
A- Le champ d'application de la déclaration.....	11
B- Les modalités d'accomplissement .....	12
C- Les effets de la déclaration .....	12
CHAPITRE 2 Les instruments juridiques visant à affecter des biens à l'activité professionnelle....	14
Section 1 Le recours à la forme sociétaire.....	14
§ 1. La société unipersonnelle à responsabilité limitée, outil de protection du patrimoine de l'entrepreneur.....	15
§ 2. Les différentes formes sociales offertes à l'entrepreneur .....	16
A- Les formes sociales françaises.....	16
1. L'EURL .....	16
2. La SASU .....	18
B- Les formes sociales européennes.....	18
1. La recours à la liberté d'établissement.....	18
2. La future Société Privée Européenne.....	20
Section 2 L'utilisation de la fiducie gestion ayant pour objet des biens professionnels .....	21
Section 3 L'introduction en droit français du patrimoine d'affectation : l'EIRL .....	21
§ 1. La constitution de l'EIRL .....	23
A- La protection de l'entrepreneur par la création d'un patrimoine d'affectation 23	
1. La création du patrimoine d'affectation.....	24
2. Les effets substantiels de la séparation .....	26
B- La protection des créanciers .....	27
1. Les mesures de publicité .....	27
2. Le « contrôle » des effets dans le temps .....	28
3. <i>Le contrôle des « affectations en nature »</i> .....	30
§ 2. La vie de l'EIRL .....	30

A-	La protection du patrimoine de l'entrepreneur .....	31
B-	La protection des intérêts des créanciers .....	31
§ 3.	La mort de l'EIRL .....	33
DEUXIEME PARTIE : LES LIMITES DE LA PROTECTION DU PATRIMOINE DE L'ENTREPRENEUR .....		36
CHAPITRE 1 Les obstacles à la mise en place d'instruments de protection du patrimoine.....		36
Section 1 L'efficacité juridique relative de la protection patrimoniale .....		36
§ 1.	Les limites propres à chaque régime .....	36
A-	Une protection fondée sur un simple ordre de priorité.....	37
B-	La remise en cause de l'étanchéité patrimoniale par le jeu d'exceptions.....	38
1.	<i>L'extension du gage des créanciers du patrimoine affecté</i> .....	39
2.	<i>L'extension du gage des autres créanciers</i> .....	40
§ 2.	Les limites issues d'autres branches du droit .....	41
A-	L'exception générale de fraude .....	41
B-	Les exceptions particulières à certains instruments.....	42
1.	L'inopérante faute de gestion.....	42
2.	L'opérante société créée de fait .....	43
Section 2 Les limites tenant à la pratique des instruments de protection .....		44
§ 1.	La complexité des régimes juridiques .....	44
§ 2.	Le contournement par la pratique des instruments de protection .....	45
A-	Les moyens de contournement .....	45
1.	L'exigence de renonciation à la protection .....	46
2.	L'exigence de garanties .....	47
B-	Les intérêts de la protection.....	49
1.	Du principe d'engagement général du patrimoine à celui d'engagement d'actifs particuliers .....	50
2.	L'application de régimes juridiques protecteurs.....	50
CHAPITRE 2 L'efficacité relative des instruments de protection lors d'une procédure collective.....		51
Section 1 Une efficacité dépendante de la réception des instruments par le droit des procédures collectives.....		52
§ 1.	<i>Une réception incertaine par le droit des procédures collectives</i> .....	52
A-	L'opposabilité incertaine de la déclaration d'insaisissabilité .....	52
B-	La réception incertaine de la future EIRL .....	54
§ 2.	<i>Une réception conditionnée par le droit des procédures collectives</i> .....	55
A.	La réception conditionnée de la fiducie .....	55
B.	La réception conditionnée de la société.....	55
Section 2 Une efficacité tempérée par la responsabilité pour insuffisance d'actif.....		56

§ 1. La responsabilité du dirigeant de la société unipersonnelle .....	57
A- Les conditions d'application.....	57
B- Les effets.....	58
§ 2. L'éventuelle responsabilité de l'entrepreneur à responsabilité limitée .....	58
CONCLUSION .....	59
Bibliographie.....	65
Annexes .....	68
Calendrier de travail .....	68
Projet de loi adopté le 5 mai 2010 au Sénat .....	69



## **Bibliographie**

### **Patrimoine**

A-L Thomat-Raynaud, L'Unité du patrimoine, thèse sous la direction de Daniel Tomassin.

### **Régimes matrimoniaux**

Cathérina Makosso, M.-A. T. (s.d.). Les techniques des régimes matrimoniaux. *D&P mars 2010*.

[http://www.quilvest.fr/uploads/actualite/fr/47.protection\\_du\\_patrimoine\\_personnel\\_du\\_chef\\_d\\_entreprise\\_2009-qe\\_mode\\_de\\_compatibilite\\_.pdf](http://www.quilvest.fr/uploads/actualite/fr/47.protection_du_patrimoine_personnel_du_chef_d_entreprise_2009-qe_mode_de_compatibilite_.pdf). (s.d.).

### **Fiducie**

EFL. *Mémento Droit commercial 2010, n° 23200s*.

Jean-Philippe Dom, M. d. (s.d.). La fiducie-gestion et le contrat de société - Eléments de comparaison. *Dalloz, Revue des sociétés 2007 p. 481*.

Xavier Boutiron, J. G. (s.d.). La fiducie, technique de protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur ? *Droit & Patrimoine n°190 - 03-2010, Dossier*.

### **Déclaration d'insaisissabilité**

Lienhard, A. (s.d.). Opposabilité à la procédure de la déclaration d'insaisissabilité. *Dalloz actualité 11 février 2009*.

M. Laurent BÉTEILLE, M. É. *Rapport n° 413*.

*Mémento Droit commercial n°59700*. EFL.

Droit & Patrimoine, 12-2009, N°187-33 L'entrepreneur individuel et son patrimoine : nouvelles perspectives

Lamy Droit Commercial - 2010

### **Sociétés**

Cozian, M., Viandier, A., & Deboissy, F. *Droit des sociétés, n°1021, 274s, 1045, 297s*.

Jean ARTHUIS, f. a. *Rapport n° 287 (1984-1985) relatif à l'EURL*.

*Lamy Sociétés Commerciales - 2010 - La SASU n° 4194s*.

*Mémento Sociétés commerciales 2010 n°6300s EURL*.

MERLE, P. *Sociétés commerciales, Précis Dalloz, 13<sup>ème</sup> édition*.

[http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/epc/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/company/epc/index_fr.htm). (s.d.).

<http://www.euractiv.fr/marche-interieur-entreprises/article/entree-vigueur-societe-privee-europeenne-retardee-apres-2010-001686>. (s.d.).

Lamy Sociétés Commerciales – 2010, n° 3266 - Objectifs et limites de la loi du 11 juillet 1985

JurisClasseur Sociétés Traité > Fasc. 82-10 : ENTREPRISE UNIPERSONNELLE À RESPONSABILITÉ LIMITÉE (EURL) > III. - Organisation et fonctionnement de l'EURL

## **EURL**

[www.infoeurl.fr](http://www.infoeurl.fr)

<http://www.economie.gouv.fr/actus/10/100127eurl.html>

[http://www.economie.gouv.fr/discours-presse/discours-communiques\\_finances.php?type=discours&id=727&rub=500](http://www.economie.gouv.fr/discours-presse/discours-communiques_finances.php?type=discours&id=727&rub=500)

ROUX, X. D. (Mercredi 5 novembre 2008). *La création d'un patrimoine d'affectation*, Rapport

Droit & Patrimoine 2010 - n°188 du 01/2010. (s.d.).

Droit & Patrimoine 2010 - n°189 du 02/2010. (s.d.).

Droit & Patrimoine 2010 - n°190 du 03/2010. (s.d.).

Droit & Patrimoine 2010 - n°190 du 03/2010. (s.d.).

Droit & Patrimoine 2010 - n°191 du 04/2010. (s.d.)

Droit & Patrimoine 2009 - n°187 du 12/2009 - L'entrepreneur individuel et son patrimoine : nouvelles perspectives . (s.d.).

*Etude d'impact relatif à l'EURL*. (janvier 2010).

EXPOSE DES MOTIFS projet EURL. (s.d.).

Jean-Jacques HYEST, f. a. (déposé le 24 mars 2010). *Rapport n° 362 - Projet de loi relatif à l'EURL*.

Rapport n° 420 (2009-2010) de M. Jean-Jacques HYEST, s. e.

RAUDIÈRE, L. D. *Rapport n°2298 relatif à L'EURL - AN*.

## **Procédures collectives**

F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté - Instruments de crédit et de paiement*, 8<sup>ème</sup> édition, LGDJ.

## **Sûretés**

Droit civil - Les sûretés - La publicité foncière, en P. Malaurie L. Aynès, P. Crocq, Defrénois, 4e éd., 2009

**Concept de propersonnalité**

[www.notaires.fr/notaires/media/document/316/121](http://www.notaires.fr/notaires/media/document/316/121)

[www.notaires.fr/notaires/media/document/427/143](http://www.notaires.fr/notaires/media/document/427/143)

Compte rendu des travaux des commissions : 2009.congresdesnotaires.fr/fr/compte-rendu.pdf

Calendrier de travail<sup>183</sup>

<i>Les dates clés...</i>	<i>Evènements</i>
Mercredi 27 janvier 2010	Présentation en <b>Conseil des ministres</b> par <b>Hervé Novelli</b> du projet de loi relatif à l'Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée.
Mercredi 17 février 2010	Adoption du texte en première lecture par l' <b>Assemblée nationale</b>
Jeudi 8 avril 2010	Adoption du texte modifié en première lecture par le <b>Sénat</b>
Mercredi 28 avril 2010	Rapport de la <b>Commission mixte paritaire</b>
Mercredi 5 mai 2010	<b>Adoption du texte par le Sénat</b>
Mercredi 12 mai 2010	<b>Discussion en séance publique du texte à l'Assemblée nationale</b>

<sup>183</sup> [http://www.infoeirl.fr/infoeirl/dossier\\_legislatif/calendrier\\_de\\_travail](http://www.infoeirl.fr/infoeirl/dossier_legislatif/calendrier_de_travail)

**ATTENTION**

**DOCUMENT PROVISOIRE**

*Seule l'impression définitive a valeur de texte authentique*

**PROJET DE LOI**

*relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée<sup>184</sup>.*

Le Sénat a adopté, dans les conditions prévues à l'article 45 (alinéas 2 et 3) de la Constitution, le projet de loi dont la teneur suit :

---

<sup>184</sup> <http://www.senat.fr/petite-loi-ameli/2009-2010/420.html>

**Voir les numéros :**

**Assemblée nationale (13<sup>ème</sup> législ.) :** 1<sup>ère</sup> lecture : **2265, 2298** et T.A. **420**.  
**2488. C.M.P. : 2461.**

**Sénat :** 1<sup>ère</sup> lecture : **302, 358, 362, 363** et T.A. **85** (2009-2010).  
C.M.P. : **420** (2009-2010).

Article 1<sup>er</sup>

Le chapitre VI du titre II du livre V du code de commerce est ainsi modifié :

1° Au début, est insérée une section 1 intitulée : « De la déclaration d'insaisissabilité », comprenant les articles L. 526-1 à L. 526-5 ;

2° Il est ajouté une section 2 ainsi rédigée :

« Section 2

« De l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée

« *Art. L. 526-6.* – Tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale.

« Ce patrimoine est composé de l'ensemble des biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle. Il peut comprendre également les biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, utilisés pour l'exercice de son activité professionnelle et qu'il décide d'y affecter. Un même bien, droit, obligation ou sûreté ne peut entrer dans la composition que d'un seul patrimoine affecté.

« Pour l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté, l'entrepreneur individuel utilise une dénomination incorporant son nom, précédé ou suivi immédiatement des mots : " Entrepreneur individuel à responsabilité limitée " ou des initiales : " EIRL ".

« *Art. L. 526-6-1.* – La constitution du patrimoine affecté résulte du dépôt d'une déclaration effectué :

« 1° Soit au registre de publicité légale auquel l'entrepreneur individuel est tenu de s'immatriculer ;

« 1° *bis* Soit au registre de publicité légale choisi par l'entrepreneur individuel en cas de double immatriculation ; dans ce cas, mention en est portée à l'autre registre ;

« 2° Soit, pour les personnes physiques qui ne sont pas tenues de s'immatriculer à un registre de publicité légale ou pour les exploitants agricoles, à un registre tenu au greffe du tribunal statuant en matière commerciale du lieu de leur établissement principal.

« *Art. L. 526-7.* – Les organismes chargés de la tenue des registres mentionnés à l'article L. 526-6-1 n'acceptent le dépôt de la déclaration visée au même article qu'après avoir vérifié qu'elle comporte :

« 1° Un état descriptif des biens, droits, obligations ou sûretés affectés à l'activité professionnelle, en nature, qualité, quantité et valeur ;

« 2° La mention de l'objet de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté. La modification de l'objet donne lieu à mention au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration prévue à l'article L. 526-6-1 ;

« 3° Le cas échéant, les documents attestant de l'accomplissement des formalités visées aux articles L. 526-8 à L. 526-10.

« *Art. L. 526-8.* – L'affectation d'un bien immobilier ou d'une partie d'un tel bien est reçue par acte notarié et publiée au bureau des hypothèques ou, dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, au livre foncier de la situation du bien. L'entrepreneur individuel qui n'affecte qu'une partie d'un ou de plusieurs biens immobiliers désigne celle-ci dans un état descriptif de division.

« L'établissement de l'acte notarié et l'accomplissement des formalités de publicité donnent lieu au versement d'émoluments fixes dans le cadre d'un plafond déterminé par décret.

« Lorsque l'affectation d'un bien immobilier ou d'une partie d'un tel bien est postérieure à la constitution du patrimoine affecté, elle donne lieu au dépôt d'une déclaration complémentaire au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration prévue à l'article L. 526-6-1. L'article L. 526-7 est applicable, à l'exception des 1° et 2°.

« Le non-respect des règles prévues au présent article entraîne l'inopposabilité de l'affectation.

« *Art. L. 526-9.* – Tout élément d'actif du patrimoine affecté, autre que des liquidités, d'une valeur déclarée supérieure à un montant fixé par décret fait l'objet d'une évaluation au vu d'un rapport annexé à la déclaration et établi sous sa responsabilité par un commissaire aux comptes, un expert-comptable, une association de gestion et de comptabilité ou un notaire désigné par l'entrepreneur individuel. L'évaluation par un notaire ne peut concerner qu'un bien immobilier.

« Lorsque l'affectation d'un bien visé au premier alinéa est postérieure à la constitution du patrimoine affecté, elle fait l'objet d'une évaluation dans les mêmes formes et donne lieu au dépôt d'une déclaration complémentaire au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration prévue à l'article L. 526-6-1. L'article L. 526-7 est applicable, à l'exception des 1° et 2°.

« Lorsque la valeur déclarée est supérieure à celle proposée par le commissaire aux comptes, l'expert-comptable, l'association de gestion et de comptabilité ou le notaire, l'entrepreneur individuel est responsable, pendant une durée de cinq ans, à l'égard des tiers sur la totalité de son patrimoine, affecté et non affecté, à hauteur de la différence entre la valeur proposée par le commissaire aux comptes, l'expert-comptable, l'association de gestion et de comptabilité ou le notaire et la valeur déclarée.

« En l'absence de recours à un commissaire aux comptes, à un expert-comptable, à une association de gestion et de comptabilité ou à un notaire, l'entrepreneur individuel est responsable, pendant une durée de cinq ans, à l'égard des tiers sur la totalité de son patrimoine, affecté et non affecté, à hauteur de la différence entre la valeur réelle du bien au moment de l'affectation et la valeur déclarée.

« *Art. L. 526-10.* – Lorsque tout ou partie des biens affectés sont des biens communs ou indivis, l'entrepreneur individuel justifie de l'accord exprès de son conjoint ou de ses coïndivisaires et de leur information préalable sur les droits des créanciers mentionnés au 1° de l'article L. 526-11 sur le patrimoine affecté. Un même bien commun ou indivis ou une même partie d'un bien immobilier commun ou indivis ne peut entrer dans la composition que d'un seul patrimoine affecté.

« Lorsque l'affectation d'un bien commun ou indivis est postérieure à la constitution du patrimoine affecté, elle donne lieu au dépôt d'une déclaration complémentaire au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration prévue à l'article L. 526-6-1. L'article L. 526-7 est applicable, à l'exception des 1° et 2°.

« Le non-respect des règles prévues au présent article entraîne l'inopposabilité de l'affectation.

« *Art. L. 526-11.* – La déclaration d'affectation mentionnée à l'article L. 526-6-1 est opposable de plein droit aux créanciers dont les droits sont nés postérieurement à son dépôt.

« Elle est opposable aux créanciers dont les droits sont nés antérieurement à son dépôt à la condition que l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée le mentionne dans la déclaration d'affectation et en informe les créanciers dans des conditions fixées par voie réglementaire.

« Dans ce cas, les créanciers concernés peuvent former opposition à ce que la déclaration leur soit opposable dans un délai fixé par voie réglementaire. Une décision de justice rejette l'opposition ou ordonne soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties, si l'entrepreneur individuel en offre et si elles sont jugées suffisantes.

« À défaut de remboursement des créances ou de constitution des garanties ordonnées, la déclaration est inopposable aux créanciers dont l'opposition a été admise.

« L'opposition formée par un créancier n'a pas pour effet d'interdire la constitution du patrimoine affecté.

« Par dérogation aux articles 2284 et 2285 du code civil :

« 1° Les créanciers auxquels la déclaration d'affectation est opposable et dont les droits sont nés à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté ont pour seul gage général le patrimoine affecté ;

« 2° Les autres créanciers auxquels la déclaration est opposable ont pour seul gage général le patrimoine non affecté.

« Toutefois, l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée est responsable sur la totalité de ses biens et droits en cas de fraude ou en cas de manquement grave aux règles prévues au deuxième alinéa de l'article L. 526-6 ou aux obligations prévues à l'article L. 526-12.

« En cas d'insuffisance du patrimoine non affecté, le droit de gage général des créanciers mentionnés au 2° du présent article peut s'exercer sur le bénéfice réalisé par l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée lors du dernier exercice clos.

« *Art. L. 526-12.* – L'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté fait l'objet d'une comptabilité autonome, établie dans les conditions définies aux articles L. 123-12 à L. 123-23 et L. 123-25 à L. 123-27.

« Par dérogation à l'article L. 123-28 et au premier alinéa du présent article, l'activité professionnelle des personnes bénéficiant des régimes définis aux articles 50-0, 64 et 102 *ter* du code général des impôts fait l'objet d'obligations comptables simplifiées.

« L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée est tenu de faire ouvrir dans un établissement de crédit un ou plusieurs comptes bancaires exclusivement dédiés à l'activité à laquelle le patrimoine a été affecté.

« *Art. L. 526-13.* – Les comptes annuels de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée ou, le cas échéant, le ou les documents résultant des obligations comptables simplifiées prévues au deuxième alinéa de l'article L. 526-12 sont déposés chaque année au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration prévue à l'article L. 526-6-1 pour y être annexés. Ils sont transmis, pour y être annexés, au registre prévu au 2° de l'article L. 526-6-1 lorsque le dépôt de la déclaration est effectué au répertoire des métiers dans le cas prévu au 1° du même article, et, s'il y a lieu, au registre du commerce et des sociétés dans le cas prévu au 1° *bis* du même article. À compter de leur dépôt, ils valent actualisation de la composition et de la valeur du patrimoine affecté.

« En cas de non-respect de l'obligation mentionnée au premier alinéa, le président du tribunal, statuant en référé, peut, à la demande de tout intéressé ou du ministère public, enjoindre sous astreinte à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée de procéder au dépôt de ses comptes annuels ou, le cas échéant, du ou des documents résultant des obligations comptables simplifiées prévues au deuxième alinéa de l'article L. 526-12.

« *Art. L. 526-14.* – En cas de renonciation de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée à l'affectation ou en cas de décès de celui-ci, la déclaration d'affectation cesse de produire ses effets. Toutefois, en cas de cessation, concomitante à la renonciation, de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté ou en cas de décès, les créanciers mentionnés aux 1° et 2° de l'article L. 526-11 conservent pour seul gage général celui qui était le leur au moment de la renonciation ou du décès.



« En cas de renonciation, l'entrepreneur individuel en fait porter la mention au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration prévue à l'article L. 526-6-1. En cas de décès, un héritier, un ayant droit ou toute personne mandatée à cet effet en fait porter la mention au même registre.

« *Art. L. 526-14-1 A.* – Par dérogation à l'article L. 526-14, l'affectation ne cesse pas dès lors que l'un des héritiers ou ayants droit de l'entrepreneur individuel décédé, sous réserve du respect des dispositions successorales, manifeste son intention de poursuivre l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine était affecté. La personne ayant manifesté son intention de poursuivre l'activité professionnelle en fait porter la mention au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration visée à l'article L. 526-6-1 dans un délai de trois mois à compter de la date du décès.

« La reprise du patrimoine affecté, le cas échéant après partage et vente de certains des biens affectés pour les besoins de la succession, est subordonnée au dépôt d'une déclaration de reprise au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration visée à l'article L. 526-6-1.

« *Art. L. 526-14-1 B.* – I. – L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée peut céder à titre onéreux, transmettre à titre gratuit entre vifs ou apporter en société l'intégralité de son patrimoine affecté et en transférer la propriété dans les conditions prévues aux II et III du présent article sans procéder à sa liquidation.

« II. – La cession à titre onéreux ou la transmission à titre gratuit entre vifs du patrimoine affecté à une personne physique entraîne sa reprise avec maintien de l'affectation dans le patrimoine du cessionnaire ou du donataire. Elle donne lieu au dépôt par le cédant ou le donateur d'une déclaration de transfert au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration visée à l'article L. 526-6-1 et fait l'objet d'une publicité. La reprise n'est opposable aux tiers qu'après l'accomplissement de ces formalités.

« La cession du patrimoine affecté à une personne morale ou son apport en société entraîne transfert de propriété dans le patrimoine du cessionnaire ou de la société, sans maintien de l'affectation. Elle donne lieu à publication d'un avis. Le transfert de propriété n'est opposable aux tiers qu'après l'accomplissement de cette formalité.

« III. – La déclaration ou l'avis mentionnés au II sont accompagnés d'un état descriptif des biens, droits, obligations ou sûretés composant le patrimoine affecté.

« Les articles L. 141-1 à L. 141-22 ne sont pas applicables à la cession ou à l'apport en société d'un fonds de commerce intervenant par suite de la cession ou de l'apport en société d'un patrimoine affecté.

« Le cessionnaire, le donataire ou le bénéficiaire de l'apport est débiteur des créanciers de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée mentionnés au 1° de l'article L. 526-11 en lieu et place de celui-ci, sans que cette substitution emporte novation à leur égard.

« Les créanciers de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée mentionnés au 1° de l'article L. 526-11 dont la créance est antérieure à la date de la publicité mentionnée au II du présent article, ainsi que les créanciers auxquels la déclaration n'est pas opposable et dont les droits sont nés antérieurement au dépôt de la déclaration visée à l'article L. 526-6-1 lorsque le patrimoine affecté fait l'objet d'une donation entre vifs, peuvent former opposition à la transmission du patrimoine affecté dans un délai fixé par voie réglementaire. Une décision de justice rejette l'opposition ou ordonne soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties, si le cessionnaire ou le donataire en offre et si elles sont jugées suffisantes.

« À défaut de remboursement des créances ou de constitution des garanties ordonnées, la transmission du patrimoine affecté est inopposable aux créanciers dont l'opposition a été admise.

« L'opposition formée par un créancier n'a pas pour effet d'interdire la transmission du patrimoine affecté.

« *Art. L. 526-14-1.* – L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée détermine les revenus qu'il verse dans son patrimoine non affecté.

« *Art. L. 526-14-2.* – Le tarif des formalités de dépôt des déclarations et d'inscription des mentions visées à la présente section ainsi que de dépôt des comptes annuels ou du ou des documents résultant des obligations comptables simplifiées prévues au deuxième alinéa de l'article L. 526-12 est fixé par décret.

« La formalité de dépôt de la déclaration visée à l'article L. 526-6-1 est gratuite lorsque la déclaration est déposée simultanément à la demande d'immatriculation au registre de publicité légale.

« Art. L. 526-14-3. – Le ministère public ainsi que tout intéressé peuvent demander au président du tribunal statuant en référé d'enjoindre sous astreinte à un entrepreneur individuel à responsabilité limitée de porter sur tous ses actes et documents sa dénomination, précédée ou suivie immédiatement et lisiblement des mots : " Entrepreneur individuel à responsabilité limitée " ou des initiales : " EIRL ".

« Art. L. 526-15. – Les conditions d'application de la présente section sont fixées par décret en Conseil d'État. »

#### Article 1<sup>er</sup> bis AA

I. – Après l'article 389-7 du code civil, il est inséré un article 389-8 ainsi rédigé :

« Art. 389-8. – Un mineur peut être autorisé, par ses deux parents qui exercent en commun l'autorité parentale ou par son administrateur légal sous contrôle judiciaire avec l'autorisation du juge des tutelles, à accomplir seul les actes d'administration nécessaires pour les besoins de la création et de la gestion d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée ou d'une société unipersonnelle. Les actes de disposition ne peuvent être effectués que par ses deux parents ou, à défaut, par son administrateur légal sous contrôle judiciaire avec l'autorisation du juge des tutelles.

« L'autorisation visée au premier alinéa revêt la forme d'un acte sous seing privé ou d'un acte notarié et comporte la liste des actes d'administration pouvant être accomplis par le mineur. »

II. – L'article 401 du même code est complété par deux alinéas ainsi rédigés :

« Le conseil de famille autorise le mineur à accomplir seul les actes d'administration nécessaires pour les besoins de la création et de la gestion d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée ou d'une société unipersonnelle.

« L'autorisation visée à l'alinéa précédent revêt la forme d'un acte sous seing privé ou d'un acte notarié et comporte la liste des actes d'administration pouvant être accomplis par le mineur. »

III. – L'article 408 du même code est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Le tuteur, après autorisation du conseil de famille, effectue les actes de disposition nécessaires pour les besoins de la création et de la gestion d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée ou d'une société unipersonnelle. »

IV. – L'article 413-8 du même code est ainsi rédigé :

« Art. 413-8. – Le mineur émancipé peut être commerçant sur autorisation du juge des tutelles au moment de la décision d'émancipation et du président du tribunal de grande instance s'il formule cette demande après avoir été émancipé. »

V. – L'article L. 121-2 du code de commerce est ainsi rédigé :

« Art. L. 121-2. – Le mineur émancipé peut être commerçant sur autorisation du juge des tutelles au moment de la décision d'émancipation et du président du tribunal de grande instance s'il formule cette demande après avoir été émancipé. »

#### Article 1<sup>er</sup> bis A

I. – Après le I de l'article 19 de la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat, il est inséré un I bis ainsi rédigé :

« I bis. – L'assemblée permanente des chambres de métiers et de l'artisanat centralise, dans un répertoire national des métiers dont elle assure la publicité, le répertoire des métiers tenu par les chambres de métiers et de l'artisanat. Les conditions d'application du présent I bis sont définies par décret en Conseil d'État. »

II. – Au 2° de l'article L. 411-1 du code de la propriété intellectuelle, les mots : « , de registre du commerce et des sociétés et de répertoire des métiers » sont remplacés par les mots : « et de registre du commerce et des sociétés » et les mots : « , le répertoire des métiers » sont supprimés.

#### Article 1<sup>er</sup> bis

*(Suppression maintenue)*

.....

#### Article 3 bis

I. – Le deuxième alinéa de l'article L. 169 du livre des procédures fiscales est ainsi modifié :

1° À la première phrase, après le mot : « agricoles », sont insérés les mots : « ainsi que pour les revenus imposables à l'impôt sur les sociétés des entrepreneurs individuels à responsabilité limitée, et des sociétés à responsabilité limitée, des exploitations agricoles à responsabilité limitée et des sociétés d'exercice libéral à responsabilité limitée, dont l'associé unique est une personne physique » ;

2° À la seconde phrase, les mots : « adhérents pour lesquels des manquements délibérés auront été établis » sont remplacés par les mots : « contribuables pour lesquels des pénalités autres que les intérêts de retard auront été appliquées ».

II. – Le deuxième alinéa de l'article L. 176 du même livre est ainsi modifié :

1° À la première phrase, les mots : « , lorsque le contribuable est adhérent d'un centre de gestion agréé ou d'une association agréée, » sont remplacés par les mots : « pour les contribuables dont les revenus bénéficient des dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 169 et » ;

2° À la dernière phrase, les mots : « adhérents pour lesquels des manquements délibérés auront été établis » sont remplacés par les mots : « contribuables pour lesquels des pénalités autres que les intérêts de retard auront été appliquées ».

.....

#### Article 5

I. – Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnance, dans un délai de six mois à compter de la publication de la présente loi, les dispositions relevant du domaine de la loi nécessaires pour adapter au patrimoine affecté de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée les dispositions du livre VI du code de commerce relatives à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises et aux responsabilités et sanctions encourues par l'entrepreneur à cette occasion, afin de permettre à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée d'adhérer à un groupement de prévention agréé et de bénéficier des procédures de prévention des difficultés des entreprises, du mandat *ad hoc*, de conciliation, de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire, et procéder aux harmonisations nécessaires en matière de droit des sûretés, de droit des procédures civiles d'exécution et de règles applicables au surendettement des particuliers.

Le projet de loi ratifiant cette ordonnance est déposé devant le Parlement au plus tard le dernier jour du troisième mois suivant la publication de l'ordonnance.

II. – Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnance, dans un délai de neuf mois à compter de la publication de la présente loi, les dispositions

relevant du domaine de la loi permettant, d'une part, de rendre applicables, avec les adaptations nécessaires, les dispositions de la présente loi dans les îles Wallis et Futuna et en Nouvelle-Calédonie pour celles qui relèvent de la compétence de l'État et, d'autre part, de procéder aux adaptations nécessaires en ce qui concerne les collectivités de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, de Mayotte et de Saint-Pierre-et-Miquelon.

Le projet de loi ratifiant cette ordonnance est déposé devant le Parlement au plus tard le dernier jour du troisième mois suivant la publication de l'ordonnance.

## Article 6

*(Supprimé)*

### Article 6 bis A

I. – L'ordonnance n° 2005-722 du 29 juin 2005 relative à la création de l'établissement public OSEO et à la transformation de l'établissement public Agence nationale de valorisation de la recherche en société anonyme est ainsi modifiée :

1° Dans l'intitulé, les mots : « et à la transformation de l'établissement public Agence nationale de la valorisation de la recherche en société anonyme » sont remplacés par les mots : « et de la société anonyme OSEO » ;

2° Les articles 1<sup>er</sup> et 2 sont ainsi rédigés :

« Art. 1<sup>er</sup>. – L'établissement public OSEO agit directement ou par l'intermédiaire de ses filiales.

« Il a pour objet de :

« 1° Promouvoir et soutenir l'innovation, notamment technologique, ainsi que de contribuer au transfert de technologies ;

« 2° Favoriser le développement et le financement des petites et moyennes entreprises.

« L'État, par acte unilatéral ou par convention, les collectivités territoriales ainsi que leurs établissements publics, par convention, peuvent confier à l'établissement des missions d'intérêt général compatibles avec son objet. L'établissement public peut exercer ces missions soit directement, soit dans le cadre de conventions passées à cet effet, par l'intermédiaire de ses filiales.

« Art. 2. – Par dérogation aux dispositions des articles 5 et 10 de la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public, l'établissement public OSEO est administré par un conseil d'administration ainsi composé :

« 1° Un président nommé par décret ;

« 2° Cinq représentants de l'État nommés par décret.

« Un décret en Conseil d'État fixe les statuts de l'établissement public OSEO. » ;

3° L'article 3 est abrogé ;

4° La dernière phrase du troisième alinéa de l'article 5 est supprimée ;

5° Le chapitre II est ainsi rédigé :

« CHAPITRE II

« Organisation de la société anonyme OSEO

« Art. 6. – I. – La société anonyme OSEO a notamment pour objet d'exercer les missions d'intérêt général suivantes :

« 1° Promouvoir la croissance par l'innovation et le transfert de technologies, dans les conditions mentionnées à l'article 9 ;

« 2° Contribuer au développement économique en prenant en charge une partie du risque résultant des crédits accordés aux petites et moyennes entreprises ;

« 3° Contribuer aux besoins spécifiques de financement des investissements et des créances d'exploitation des petites et moyennes entreprises.

« La société anonyme OSEO est habilitée à exercer en France et à l'étranger, elle-même ou par l'intermédiaire de ses filiales ou des sociétés dans lesquelles elle détient une participation, toutes activités qui se rattachent directement ou indirectement à son objet tel que défini par la loi, ainsi que toute autre activité prévue par ses statuts.

« L'État, par acte unilatéral ou par convention, et les collectivités territoriales, ainsi que leurs établissements publics, par convention, peuvent confier à la société anonyme OSEO d'autres missions d'intérêt général compatibles avec son objet.

« II. – L'État et l'établissement public OSEO détiennent plus de 50 % du capital de la société anonyme OSEO.

« III. – Les modalités d'exercice par la société anonyme OSEO de ses missions d'intérêt général sont fixées par un contrat d'entreprise pluriannuel conclu, par dérogation à l'article 140 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, entre l'État, l'établissement public OSEO et la société anonyme OSEO.

« Art. 7. – Par dérogation aux articles 6 et 10 de la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 précitée, le conseil d'administration de la société anonyme OSEO comprend quinze membres :

« 1° Le président du conseil d'administration de l'établissement public OSEO, président ;

« 2° Quatre représentants de l'État nommés par décret ;

« 3° Trois personnalités choisies en raison de leur compétence en matière de développement et de financement des entreprises et d'innovation, nommées par décret ;

« 4° Trois membres désignés par l'assemblée générale des actionnaires ;

« 5° Quatre représentants des salariés élus dans les conditions prévues par le chapitre II du titre II de la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 précitée.

« Les délibérations du conseil d'administration de la société anonyme OSEO qui portent directement ou indirectement sur la mise en œuvre des concours financiers de l'État ne peuvent être adoptées sans le vote favorable des représentants de l'État mentionnés au 2°.

« L'article L. 225-38 du code de commerce ne s'applique pas aux conventions conclues entre l'État et la société anonyme OSEO en application des I et III de l'article 6.

« Art. 8. – Un commissaire du Gouvernement est nommé auprès de la société anonyme OSEO. Un décret précise les conditions dans lesquelles le commissaire du Gouvernement peut s'opposer, pour les activités mentionnées au 1° du I de l'article 6, aux décisions des organes délibérants.

« Art. 9. – I. – La société anonyme OSEO est organisée afin que l'activité mentionnée au 1° du I de l'article 6 soit exercée de manière distincte de ses autres activités. À cet effet :

« 1° La dotation de fonctionnement versée par l'État à la société anonyme OSEO au titre de cette activité ne peut être affectée qu'aux coûts que cette activité engendre ;

« 2° Le conseil d'administration de la société anonyme OSEO fixe, dans des conditions fixées par voie réglementaire, le plafond d'intervention au titre de chaque exercice, notamment sous forme de subventions publiques ou d'avances remboursables ;

« 3° Les résultats dégagés grâce à l'utilisation de dotations publiques versées à la société anonyme OSEO au titre de cette activité sont reversés aux financeurs publics ou réaffectés à ladite activité.

« II. – La société anonyme OSEO établit un enregistrement comptable distinct pour les opérations qu'elle réalise au titre des activités mentionnées au 1° du I de l'article 6. La société anonyme OSEO tient une comptabilité analytique distinguant les activités respectivement mentionnées aux 1°, 2° et 3° du I de l'article 6, dont les principes sont déterminés par le conseil d'administration après avis d'un comité spécialisé tel que prévu à l'article L. 823-19 du code de commerce et sont soumis à approbation par le commissaire du Gouvernement.

« Une ou plusieurs conventions entre l'État et la société anonyme OSEO précisent les modalités selon lesquelles cet enregistrement et cette gestion comptable sont effectués, ainsi que les conditions dans lesquelles ils sont contrôlés et certifiés par un ou plusieurs commissaires aux comptes.

« III. – À l'exception de l'État, aucun titulaire de créances sur la société anonyme OSEO nées d'activités autres que celles mentionnées au 1° du I de l'article 6 ne peut se prévaloir d'un droit quelconque sur les biens et droits ressortissant à l'enregistrement distinct établi en application du II du présent article.

« Art. 10. – Les statuts de la société anonyme OSEO sont approuvés par décret.

« Les statuts de la société anonyme OSEO peuvent ultérieurement être modifiés dans les conditions prévues pour les sociétés anonymes. » ;

6° Le chapitre III est abrogé.

II. – La société anonyme OSEO résulte de la fusion par absorption au sein de la société anonyme OSEO financement, anciennement dénommée OSEO BDPME, des sociétés anonymes OSEO garantie, anciennement dénommée OSEO SOFARIS, OSEO innovation, anciennement dénommée OSEO ANVAR, et OSEO Bretagne.

Les fusions par absorption au sein de la société OSEO financement des sociétés OSEO Bretagne, OSEO garantie et OSEO innovation ne donnent lieu à la perception d'aucun impôt, droit, taxe, salaire des conservateurs des hypothèques, honoraires, frais, émoluments et débours des notaires et des greffiers des tribunaux de commerce.

Les actes des fusions susmentionnées rendent de plein droit opposable aux tiers le transfert à la société absorbante des actifs mobiliers des sociétés absorbées ainsi que leurs sûretés, garanties et accessoires, sans autre formalité que celles requises pour la radiation des sociétés absorbées. Il en est de même en ce qui concerne les actifs immobiliers des sociétés absorbées ainsi que leurs sûretés, garanties et accessoires.

Les formalités de publicité foncière des transferts à la société absorbante des biens immobiliers des sociétés absorbées prévues dans le cadre des fusions précitées sont accomplies au plus tard un an après la publication du décret approuvant les statuts de la société anonyme OSEO.

III. – Les références à OSEO innovation, OSEO financement, OSEO garantie, OSEO Bretagne, OSEO ANVAR, OSEO SOFARIS et OSEO BDPME sont remplacées par une référence à la société anonyme OSEO dans toutes les dispositions législatives et réglementaires en vigueur.

IV. – La participation de la région Bretagne au capital d'OSEO Bretagne devient une participation au capital de la société anonyme OSEO.

V. – Les I à IV entrent en vigueur le lendemain de la publication du décret approuvant les statuts de la société anonyme OSEO, qui intervient au plus tard le dernier jour du sixième mois suivant celui de la publication de la présente loi.

#### Article 6 bis

L'article L. 313-21 du code monétaire et financier est ainsi modifié :

1° Au premier alinéa, après le mot : « entreprise », le mot : « et » est remplacé par les mots : « ou de solliciter une garantie auprès d'un autre établissement de crédit, d'une entreprise d'assurance habilitée à pratiquer les opérations de caution ou d'une société de caution mutuelle mentionnée aux articles L. 515-4 à L. 515-12. L'établissement de crédit ».

2° (*Suppression maintenue*)

#### Article 7

I. – Au deuxième alinéa de l'article L. 223-9 du code de commerce, le montant : « 7 500 € » est remplacé par les mots : « un montant fixé par décret ».

II. – Au dernier alinéa de l'article L. 324-4 du code rural, le montant : « 7 500 € » est remplacé par les mots : « un montant fixé par décret ».

.....

#### Article 8 bis

Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnance les dispositions législatives nécessaires à la transposition de la directive 2007/36/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 juillet 2007, concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées.

L'ordonnance est prise dans un délai de six mois suivant la publication de la présente loi.

Le projet de loi de ratification est déposé devant le Parlement au plus tard le dernier jour du troisième mois suivant la publication de l'ordonnance.

#### Article 9

(*Suppression maintenue*)

#### Article 10

I. – À l'exception des articles 1<sup>er</sup> bis AA, 1<sup>er</sup> bis A, 3 bis, 6 bis A, 6 bis, 7, 8 et 8 bis, la présente loi entre en vigueur à compter de la publication de l'ordonnance prévue au I de l'article 5.

II (*nouveau*). – Un même entrepreneur individuel peut constituer plusieurs patrimoines affectés à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013.

Délibéré en séance publique, à Paris, le 5 mai 2010.

Le Président,

Signé : Gérard LARCHER