OUKA
The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

| | |
|---|---|
| Title | Le patrimoine d'affectation : une innovation majueure en droit français |
| Author(s) | Monserie-Bon, Marie-Hélène |
| Citation | Osaka University Law Review. 2016, 63, p. 127-142 |
| Version Type | VoR |
| URL | https://hdl.handle.net/11094/54612 |
| rights | |
| Note | |

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

*OSAKA UNIVERSITY LAW REVIEW* No. 63 (February 2016) 127-142

# Le patrimoine d'affectation : une innovation majeure en droit français*

***Marie-Hélène MONSERIE-BON*****

Le droit français connaît depuis le 19e siècle, une théorie fort célèbre, celle du patrimoine qui constitue le socle du droit des biens et dont l'influence se vérifie dans de nombreux mécanismes du droit français. L'idée essentielle de cette théorie qui a été développée par les juristes Aubry et Rau repose sur l'idée d'unité, unicité : toute personne a un patrimoine, toute personne a nécessairement un patrimoine mais toute personne n'a qu'un seul patrimoine. Ce principe d'indivisibilité a été érigé en dogme par la doctrine qui a travaillé sur la théorie d'Aubry et Rau, alors que dans la présentation faite par ces auteurs, des exceptions étaient envisagées[1)]. Rien d'étonnant, car que serait le droit français, sans les exceptions aux principes ! La théorie d'Aubry et Rau a ainsi été déformée au fil du temps dans les divers commentaires de leur ouvrage de droit civil pour en faire un carcan qui a empêché l'évolution du droit français dont les signes les plus marquants datent seulement des années 2000.

Bien qu'étant une notion essentielle, le patrimoine ne fait pas l'objet en droit français d'une définition légale même si des articles du code civil y renvoient. C'est donc la doctrine qui a donné la définition du patrimoine. Il se définit comme « l'ensemble des droits et obligations d'une personne, présents et futurs, organisés en une universalité au sein de laquelle, l'actif répond du passif »[2)]. Cette vision classique se révèle individualiste et subjective, le patrimoine est une émanation d'une personne, il s'intègre à la personnalité juridique. Il est la facette économique, matérielle de la personne, on peut ainsi lier inexorablement l'être et l'avoir, selon une formule bien connue. Le patrimoine est qualifié en droit d'universalité de droit, il regroupe l'ensemble de l'actif et du passif, présents et à

---

* Cet article a été publié dans Osaka Law Review, Handai Hogaku, vol. 65, nº2 avec une traduction en japonais de Nao Ogino et Yuki Saito.

** Professeur Agrégé Université Toulouse 1 Capitole Centre de Droit des Affaires

1) A. Denizot, L'étonnant destin de la théorie du patrimoine, RTDciv. 2014, 547.

2) J. Rochfeld, Les grandes notions du droit privé, PUF 2011, p. 356

venir d'une personne en instaurant un lien entre ces deux masses, lien qui s'exprime par le principe selon lequel, le patrimoine d'une personne est le gage général de ses créanciers[3]. Ce principe n'est pas d'ordre public selon la Cour de cassation, le débiteur et le créancier peuvent l'aménager conventionnellement, ce qui est rare en pratique.

En dépit de cette conception classique du patrimoine bien établie, les réflexions doctrinales sur le patrimoine d'affectation qui offriraient la possibilité à une personne d'être titulaire de plusieurs patrimoines ont toujours connu un succès non négligeable en droit français. La discussion fût notamment animée au moment de l'adoption de la société unipersonnelle, l'EURL[4], qui permet depuis 1985 à une personne seule de constituer une société. Le législateur plutôt que de toucher à la théorie du patrimoine a alors préféré dénaturer la société… Car, si toute personne a un patrimoine, toute personne ne constitue pas une société, dès lors les répercussions juridiques de la création de la société unipersonnelle ont été jugées moins importantes. La notion classique de société a été sacrifiée et l'unité du patrimoine a survécu.

Puis, les débats se sont apaisés. La société unipersonnelle est entrée dans les habitudes des chefs d'entreprises et des professionnels. Toutefois, encore récemment, son succès était limité, les entrepreneurs français adoptant fréquemment le statut d'entreprise individuelle qui ne protège pas le chef d'entreprise qui engage alors l'intégralité de son patrimoine privé. Ainsi, dès le début des années 2000, le législateur s'est attaché à améliorer le statut de l'entrepreneur individuel. La raison principale était d'encourager les français à créer des entreprises afin de diminuer la courbe du chômage toujours en forte augmentation. La création d'entreprise est donc apparue comme un remède à ce fléau. Il a semblé légitime d'offrir aux entrepreneurs qui choisiraient de créer une entreprise individuelle, forme la plus simple et donc la mieux adaptée aux très petites entreprises (TPE), une protection. La première étape a consisté à créer une déclaration d'insaisissabilité qui permet de protéger les biens immeubles du débiteur à l'exception du ou des locaux utilisés pour l'activité. Les créanciers professionnels postérieurs auxquels cette déclaration est opposable ne peuvent plus saisir les biens immobiliers protégés par la déclaration d'insaisissabilité. Ces biens sont exclus du gage général et sont soustraits aux poursuites des créanciers. Le

3) C.civ. art. 2284 et 2285

4) L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée

législateur a souhaité aller au delà puisque, depuis la loi du 6 août 2015, tout entrepreneur individuel bénéficie de plein droit de l'insaisissabilité de sa résidence principale[5)].

La seconde étape a été de créer le statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL). La loi du 15 juin 2010 a donc été perçue comme une innovation majeure du droit français consacrant enfin le patrimoine d'affectation ou patrimoine affecté. Les dispositions relatives à l'EIRL ont été intégrées dans le code de commerce aux articles L. 526-6 et suivants dans un chapitre consacré à la protection de l'entrepreneur et de son conjoint. Il s'agit d'un texte relativement dense qui aborde les différentes facettes de ce nouveau statut et qui est complété par des règles fiscales et sociales relatives au statut de l'EIRL. A la suite de ce texte fondateur du statut, le législateur a adopté d'autres textes afin d'adapter certaines autres matières à cette nouveauté juridique qui perturbe les principes traditionnels. Ainsi, une ordonnance du 9 décembre 2010 est intervenue pour intégrer cette nouvelle séparation patrimoniale dans le droit des entreprises en difficulté. Depuis cette réforme, seuls le ou les patrimoines d'affectation peuvent être l'objet d'une procédure du livre VI du code de commerce qui s'ouvrira patrimoine par patrimoine. Le patrimoine personnel ne relève plus, en principe, du droit des entreprises en difficulté, ce qui est plutôt logique. Si l'entrepreneur éprouve des difficultés économiques touchant son patrimoine personnel, il devra avoir recours à une procédure de surendettement et non à une procédure relevant du droit commercial. On peut donc imaginer aujourd'hui qu'un même individu fasse l'objet de plusieurs procédures régies par des dispositions différentes, code de commerce pour les patrimoines d'affectation, code de la consommation pour le patrimoine personnel. La doctrine s'accorde pour affirmer la complexité du système mis en place.

A la suite de cette succession de textes, le statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée est désormais applicable depuis le 1er janvier 2011 et il a été choisi par environ 20 000 entrepreneurs. Même applicable, il reste sur certains

---

5) Article L526-1 rédaction issue de la LOI nº2015-990 du 6 août 2015 - art. 206 « Par dérogation aux articles 2284 et 2285 du code civil, les droits d'une personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale sont de droit insaisissables par les créanciers dont les droits naissent à l'occasion de l'activité professionnelle de la personne »

points encore un peu obscur et la jurisprudence n'a pas encore rendu de décisions permettant de clarifier l'ensemble du système.

L'étude de ce nouveau statut conduit à se pencher en premier lieu, sur la constitution du patrimoine affecté qui marquera l'adoption du statut d'EIRL (I), pour ensuite examiner la situation de l'entrepreneur qui aura décidé de l'adopter afin de protéger son patrimoine personnel (II).

## I - La constitution du patrimoine affecté

La loi du 15 juin 2010 a ouvert une solution intermédiaire pour les entrepreneurs, quelle que soit la nature de leur activité commerciale, artisanale, libérale ou agricole puisque entre l'entreprise individuelle et la société, il existe désormais le statut légal d'EIRL. L'intérêt de ce statut est contesté par une partie de la doctrine qui semble bien sévère au regard des avantages attachés à ce statut.

### A/Les intérêts de la constitution

#### 1 - La séparation patrimoniale

L'aspect novateur du statut d'EIRL réside essentiellement dans la séparation patrimoniale qu'il permet de réaliser sans création d'une personne morale, ce que précise expressément l'article L. 526-6 du code de commerce. Ainsi, cette séparation patrimoniale va permettre de déroger aux règles du droit de gage général et de cantonner les droits des créanciers. Les créanciers professionnels, dont la créance est née postérieurement à l'adoption du statut d'EIRL, n'ayant plus pour gage que les biens affectés au patrimoine d'affectation. Les créanciers personnels de l'EIRL ayant pour gage les biens du patrimoine personnel, comme la résidence principale. Ainsi, une certaine cohérence est organisée et sans créer une société, l'entrepreneur bénéficie des avantages qui en résultent. L'intérêt de ce statut est notamment qu'il demeure propriétaire de l'ensemble des biens qui figurent dans ses patrimoines, le législateur ayant autorisé la création de plusieurs patrimoines affectés en cas de pluriactivité de l'entrepreneur. Cette reconnaissance du patrimoine affecté, tel que le désigne le législateur conduit à s'interroger sur sa nature juridique.

**Deux solutions sont envisageables.**

D'une part, au regard des dispositions applicables à l'EIRL et à la possibilité de réaliser des opérations juridiques sur le patrimoine affecté (cession, apport), la qualification de bien est-elle envisageable ? Même si cette notion n'est pas définie par les textes, l'avant-projet de réforme du droit des biens pour le moment en

sommeil, retient dans une version nouvelle de l'article 520 du code civil que « sont des biens, au sens de l'article précédent, les choses corporelles ou incorporelles faisant l'objet d'une appropriation, ainsi que les droits réels et personnels tels que définis aux articles 522 et 523 ».

D'autre part, la notion de bien a été précisée par la doctrine qui la définit comme une chose non seulement appropriée, mais également saisissable. Au regard de cette conception, le patrimoine affecté peut-il entrer dans la catégorie des biens ? Cela semble discutable. Le fait que le patrimoine affecté constitue un ensemble de biens ne paraît pas devoir exclure la qualification, le fonds de commerce, universalité de fait regroupant l'ensemble des biens mobiliers corporels et incorporels nécessaires à l'activité économique, est qualifié de bien. La difficulté essentielle vient du fait que le patrimoine affecté comprend les dettes, le passif, de l'EIRL. En effet, traditionnellement, un bien ne peut comporter un passif, celui-ci reste toujours attaché au débiteur et non à la chose. Alors, faut-il considérer que le patrimoine affecté est une universalité ? Et laquelle ? Le droit français connaissant l'universalité de droit – le patrimoine – qui comprend un actif et un passif indissociablement liés et des universalités de fait – le fonds de commerce et autres – qui ne comprennent que des éléments d'actif et peuvent donc faire l'objet d'opérations juridiques : cession à titre onéreux ou à titre gratuit, nantissement, location.

Au regard des catégories juridiques existantes, aucune n'est parfaitement adaptée au patrimoine affecté dont le régime juridique est hybride et parfaitement original. Il est doté d'une nature *sui generis*, il s'agit plutôt d'un patrimoine réifié !

Quelle que soit la qualification retenue, le chef d'entreprise a un intérêt à se placer sous le statut de l'EIRL qui, il faut bien le reconnaître, est à mi-chemin entre l'entreprise individuelle et la société, un certain nombre des règles applicables aux EURL (société unipersonnelle) étant étendues aux EIRL, la différence essentielle résidant alors dans l'existence ou non de la personnalité morale.

**2 - La protection de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée**

La raison majeure pour laquelle un chef d'entreprise va décider d'adopter le statut d'EIRL est, sans aucun doute, la protection patrimoniale dont il va ainsi

bénéficier. Il faut rappeler qu'en vertu du principe de l'unité du patrimoine, l'ensemble des biens de l'entrepreneur répond de l'ensemble de ses dettes. Ainsi, lorsque s'ouvre une procédure collective car l'entrepreneur connaît des difficultés économiques, qu'il soit ou non en cessation des paiements[6)], l'ensemble de ses biens, propres et biens communs s'il est marié sous un régime de communauté, sont compris dans la procédure, il s'agit de l'effet réel de la procédure. De même, tous ses créanciers, professionnels ou non, doivent faire reconnaître leurs droits dans la procédure afin de se faire désintéresser soit dans le plan soit sur les fonds récupérés à la suite des ventes d'actifs. Ce système est bien sûr extrêmement pénalisant pour le chef d'entreprise et sa famille, dont la majorité des biens sera vendue pour payer les créances si un plan de continuation de l'entreprise ne peut pas être adopté[7)]. La constitution d'une société permet évidemment d'échapper à cette situation difficile, seuls les biens de la société étant engagés dans la procédure qui s'ouvre à son égard. Cette affirmation doit être immédiatement nuancée et cela pour deux raisons. D'une part, le dirigeant de la société est souvent caution des dettes, essentiellement d'emprunts, de la société. D'autre part, le droit des entreprises en difficulté instaure la responsabilité patrimoniale des dirigeants auxquels on peut reprocher une faute de gestion. Ils seront alors tenus de payer tout ou partie de l'insuffisance d'actif constatée dans la procédure.

L'adoption du statut d'EIRL par l'entrepreneur va lui permettre d'obtenir une situation proche de celle du dirigeant de société en cas de difficulté économique. Les textes du droit des entreprises en difficulté relatifs à l'EIRL[8)], regroupés dans le livre VI du code de commerce, opèrent, en effet, une protection radicale de l'entrepreneur puisqu'ils précisent que les procédures ne peuvent concerner que le ou les patrimoines affectés et cela patrimoine par patrimoine. Ainsi, une personne qui aurait créé deux patrimoines professionnels peut faire l'objet d'une ou deux procédures selon que les difficultés affectent l'un ou l'autre de ses patrimoines affectés ou les deux. Si ces difficultés se répercutent sur le patrimoine personnel, la baisse des revenus entraîne le non paiement de créances personnelles, une procédure de surendettement pourra être demandée pour bénéficier des mesures

6) La cessation des paiements est caractérisée lorsqu'une personne ne peut plus faire face à son passif exigible avec son actif disponible (C. com. L. 631-1)

7) En France, plus de 90% des procédures sont ou deviennent des liquidations judiciaires qui conduisent à la vente des biens du débiteur

8) C. com. L. 680-1 et s.

instaurées par le code de la consommation. Trois procédures pour une même personne… alors qu'en France un grand mouvement de simplification du droit est en marche !

Si des difficultés pourront surgir dans la mise en œuvre de la protection de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, il n'en demeure pas moins que ce statut est plus protecteur que celui de l'entrepreneur individuel et cela d'autant plus que cet EIRL peut également bénéficier de la protection offerte par la déclaration d'insaisissabilité spécialement conçue pour la protection des biens immobiliers, sauf ceux utilisés par l'entrepreneur pour son activité professionnelle.

**B/Les modalités de constitution du patrimoine affecté**

**1 - La composition du patrimoine affecté**

Si l'article L. 526-6 du code de commerce mentionne expressément la composition du patrimoine affecté, cette disposition a été complétée par l'article R. 526-3-1 du Code de commerce dans sa rédaction issue de l'article 3 du décret nº 2012-122 du 30 janvier 2012 en raison des hésitations apparues dans la mise en œuvre de la disposition légale. En effet, le premier texte opère une distinction bien délicate entre les biens nécessaires et les biens utiles.

D'une part, l'article L. 526-6 prévoit l'affectation impérative « *des biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire et qui sont nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle* ».

**Deux remarques s'imposent.**

En premier lieu, il convient de souligner le caractère peu satisfaisant de cette énumération. Les termes sont mal choisis et redondants, l'ensemble n'est-il pas compris dans la notion de biens ? De plus, la référence à la titularité est peu opportune, l'EIRL n'étant pas titulaires d'obligations…

En second lieu, le caractère nécessaire à l'exercice de l'activité a soulevé des interprétations hésitantes en raison de son manque de précision. Le législateur a donc cru bon de fournir des précisions dans l'article R. 526-3-1 du Code de commerce, en indiquant que cette première catégorie de biens correspond aux « *biens affectés par nature à l'exercice de l'activité professionnelle* », c'est-à-dire aux biens ne pouvant être utilisés que dans le cadre d'une telle activité. Appartiennent notamment à cette première catégorie de biens, le fonds de

commerce, le fonds artisanal, le fonds agricole, le fonds libéral ou le droit de présentation de la clientèle d'un professionnel libéral, mais aussi les outils d'un artisan, le matériel agricole. Lorsqu'un bien entre dans cette catégorie, l'EIRL perd tout pouvoir d'appréciation sur son affectation, elle s'impose sous peine de voir la séparation patrimoniale mise en place remise en cause par les créanciers.

D'autre part, l'EIRL pourra également, mais cette fois il conserve toute sa liberté, affecter à son patrimoine affecté, les biens ou certains d'entre eux qui sont utiles à l'activité. Appartiennent notamment à cette seconde catégorie de biens ceux qui ont un usage mixte, professionnel et personnel, tels qu'un véhicule personnel utilisé pour des trajets professionnels, du matériel informatique ou un immeuble d'habitation au sein duquel a été aménagée une pièce pour l'exercice de l'activité professionnelle.

Enfin logiquement, les biens, droits, obligations ou sûretés qui ne sont ni nécessaires à l'exercice de l'activité professionnelle, ni utilisés pour l'exercice de celle-ci, ne peuvent être affectés au patrimoine professionnel.

**Deux observations finales doivent être formulées.**

Il faut ajouter que depuis le 1er janvier 2013, l'EIRL peut constituer plusieurs patrimoines affectés. Dans cette situation, un même bien, droit, obligation ou sûreté ne peut entrer dans la composition que d'un seul patrimoine affecté.

Le statut des biens communs ou indivis a attiré l'attention du législateur qui leur consacre l'article L. 526-11 du code de commerce. Le but de cet article est de concilier les droits de l'EIRL et ceux du conjoint ou des coindivisaires. Ainsi, leur accord est nécessaire pour procéder à cette affectation et ils doivent être informés des droits qui seront ainsi conférés aux créanciers professionnels sur les biens affectés à ce patrimoine.

Lorsque l'entrepreneur aura décidé d'adopter ce statut, il conviendra qu'il réalise des formalités afin de rendre la constitution du patrimoine affecté opposable à ses créanciers.

**2 - L'opposabilité de la constitution du patrimoine affecté**

L'entrepreneur qui aura donc choisi de se placer sous le statut de l'EIRL devra accomplir certaines formalités pour rendre cette nouvelle situation opposable aux

tiers, notamment à ses créanciers qui sont principalement concernés.

La constitution du patrimoine affecté résulte du dépôt d'une déclaration effectuée :

– soit au registre de publicité légale auquel l'entrepreneur individuel est tenu de s'immatriculer, par exemple le registre du commerce et des sociétés pour les commerçants ou le répertoire des métiers pour les artisans ; en cas d'immatriculation possible à deux registres, l'entrepreneur individuel choisit celui où il dépose sa déclaration ;

– soit, pour les exploitants agricoles, auprès de la chambre d'agriculture compétente ;

– soit pour les personnes qui ne sont pas tenues de s'immatriculer à un registre de publicité légale (principalement les professionnels libéraux), à un registre tenu au greffe du tribunal statuant en matière commerciale du lieu de leur établissement principal.

Cette déclaration comporte un état descriptif de la composition du patrimoine affecté (nature, qualité, quantité et valeur) et l'objet de l'activité professionnelle exercée.

L'entrepreneur individuel attribue une valeur à chacun des biens, droits, obligations et sûretés composant le patrimoine affecté ; pour les biens autres que des liquidités, dont la valeur déclarée est supérieure à 30 000 € (environ 4 millions de yens), cette valeur est déterminée selon une procédure particulière d'évaluation prévue, au vu d'un rapport établi par un commissaire aux comptes, un expert-comptable, une association de gestion et de comptabilité ou, pour les immeubles, un notaire désigné par l'entrepreneur individuel, qui reste néanmoins libre de déclarer une valeur différente de celle figurant dans le rapport

En cas d'affectation de biens postérieurement à la constitution du patrimoine affecté, une déclaration complémentaire est effectuée, sauf si ces biens sont des liquidités ou des biens meubles non communs ou indivis d'une valeur inférieure ou égale à 30 000 €.

Lorsque l'EIRL a accompli ces formalités, la séparation patrimoniale opérée est de plein droit opposable aux créanciers dont la créance est née postérieurement à son dépôt. Dès lors, les créanciers professionnels ont pour seul gage le patrimoine affecté et les créanciers personnels, le patrimoine non affecté.

En outre, l'EIRL a la possibilité de rendre sa nouvelle situation patrimoniale opposable aux créanciers dont la créance est née antérieurement au dépôt de la déclaration. Cette possibilité est donc de nature à réduire le gage des créanciers en leur rendant opposable la séparation patrimoniale. Dès lors, le législateur a entouré cette mesure de formalités particulières, l'entrepreneur doit mentionner dans sa déclaration le recours à cette mesure et en informer personnellement chaque créancier qui peut s'y opposer. 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. A 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.

La constitution du patrimoine affecté est relativement formaliste et certaines obligations pesant sur l'EIRL, comme l'évaluation des biens, sont assez proches de celles prévues pour les sociétés. Le choix du statut d'EIRL va améliorer assez sensiblement la situation du chef d'entreprise.

## II - La situation de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée

Le chef d'entreprise qui s'interrogera sur l'adoption du statut d'EIRL souhaitera connaître les intérêts de ce statut et également comprendre les modalités de fonctionnement de son entreprise ainsi que les droits et les obligations qui vont en découler pour lui, à défaut de création d'une personne morale.

### A / Les conditions de la protection de l'EIRL

La protection offerte aux EIRL suppose que ceux-ci respectent certaines obligations, sous peine de se voir privés des effets juridiques de la séparation patrimoniale.

#### 1 - Les obligations de l'EIRL

Le nouveau mécanisme de l'affectation sur lequel repose le statut de l'EIRL

nécessite que l'entrepreneur établisse une séparation effective entre les différents patrimoines dont il est désormais titulaire.

Ainsi, la loi impose des obligations relatives essentiellement au patrimoine professionnel. Outre, la liste des biens le composant, l'EIRL va devoir ouvrir un compte en banque attaché à chaque patrimoine professionnel et assurer le règlement des dettes liées à l'activité économique avec les fonds provenant de cette activité. En outre, il doit établir et publier, chaque année, les comptes relatifs à ce patrimoine.

Les modalités d'évolution du patrimoine affecté sont particulièrement obscures dans le système mis en place par le législateur. Les textes abordent seulement l'affectation après constitution du patrimoine qui est soumise à des formalités lorsqu'il s'agit d'un bien immobilier ou d'un bien dont la valeur est supérieure à 30 000 euros. Mais dans quelles conditions, l'EIRL peut-il désaffecter les biens qui ne sont plus nécessaires à son activité ou qui sont devenus obsolètes ? A défaut de règle légale, il faut convenir qu'il peut le faire librement, c'est une nécessité pour poursuivre dans de bonnes conditions l'activité économique. La majorité des auteurs considère que dans ces hypothèses, la subrogation réelle doit jouer, s'il y a lieu. Il n'est pas concevable que le patrimoine affecté soit figé au jour de sa constitution. Les comptes déposés par l'entrepreneur chaque année vaudront, selon l'article L. 526-14 du code de commerce, actualisation de la composition du patrimoine affecté.

**2 - La remise en cause de la protection**

Le législateur prévoit que certains comportements de l'EIRL conduiront à remettre en cause la protection assurée par la séparation patrimoniale et qu'il sera donc possible aux créanciers de retrouver le droit de gage général sur l'ensemble des patrimoines redevenus uniques.

Certains de ces comportements sont visés dans les textes sur l'EIRL. IL s'agit de la non affectation au patrimoine affecté des biens considérés comme nécessaires, avec certainement une volonté de minimiser le gage des créanciers professionnels. Dans ce cas, un créancier qui aura démontré cette situation pourra exercer ses droits sur l'ensemble des biens de l'EIRL. La même solution est appliquée si l'EIRL n'a pas de compte en banque séparé ou n'a pas établi de comptes pour le patrimoine affecté. Enfin, la fraude est visée expressément par les textes comme cause de disparition de la séparation patrimoniale.

En plus, des dispositions du droit des entreprises en difficulté menacent également le mécanisme du patrimoine d'affectation.

D'une part, la confusion des patrimoines peut s'appliquer à l'EIRL. Dans ce cas, un patrimoine affecté fera l'objet d'une procédure, sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaires et les organes de la procédure s'apercevront qu'il existe des relations financières anormales entre ce patrimoine et un autre patrimoine de l'EIRL, son patrimoine privé ou un autre patrimoine professionnel. Par exemple, si certaines dépenses liées au patrimoine personnel ont été payées avec le chéquier du patrimoine affecté, la confusion des patrimoines caractérisée conduira à étendre la procédure ouverte au patrimoine confondu. Ainsi, l'actif et le passif des différents patrimoines seront regroupés et traités ensemble, anéantissant donc la séparation patrimoniale instaurée.

D'autre part, si l'EIRL a commis des fautes de gestion avant l'ouverture de la procédure touchant le patrimoine affecté qui ont entraîné une insuffisance d'actif, il sera responsable sur son patrimoine personnel et pourra être condamné à payer tout ou partie de l'insuffisance d'actif.

Ainsi, la protection accordée à l'EIRL n'est pas absolue et le législateur souhaite sanctionner les comportements de l'entrepreneur qui ne sont pas conformes à la situation résultant de l'adoption du patrimoine affecté.

**B / Les droits de l'EIRL**

Comme tout entrepreneur, l'EIRL voit peser sur lui certaines obligations qui sont, c'est vrai, un peu plus lourdes que celles que doit respecter un entrepreneur individuel. Mais, il est aussi doté de droits importants et très novateurs puisqu'il va pouvoir réaliser des opérations juridiques sur le patrimoine affecté.

**1 - Les revenus de l'EIRL**

La séparation patrimoniale issue de l'adoption du statut d'EIRL pose la question de la perception de revenus par cet entrepreneur. Dans le cas de l'entrepreneur individuel, aucune contrainte n'existe en raison de l'unité du patrimoine, il peut prélever, comme il l'entend, des sommes pour ses dépenses personnelles sur les revenus générés par l'entreprise. Il s'agit d'une des différences fondamentales avec la société, un tel procédé étant interdit sous peine de sanction, la rémunération se faisant dans les sociétés sous forme de salaires et de

dividendes. Pour l'EIRL, le législateur a opté pour la souplesse de l'entreprise individuelle, l'article L. 526-18 du code de commerce indiquant que « l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée détermine les revenus qu'il verse dans son patrimoine non affecté ». Aucun formalisme n'est à respecter, l'EIRL a, selon ce texte, toute liberté pour procéder à des transferts de fonds de son patrimoine professionnel au patrimoine privé pour assurer sa subsistance. Toutefois, il faut compléter le tableau par le dernier alinéa de l'article L. 526-12 du code de commerce qui dispose qu'en cas d'insuffisance du patrimoine non affecté, le droit de gage général des créanciers mentionnés au 2º du présent article – les créanciers personnels - peut s'exercer sur le bénéfice réalisé par l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée lors du dernier exercice clos. La mesure ne semble pas facile à mettre en œuvre mais elle a le mérite d'exister, si l'EIRL désavantage ses créanciers personnels. Curieusement, rien n'est prévu pour protéger les créanciers professionnels contre les transferts de fonds dans le patrimoine privé. Il serait alors possible de considérer certainement qu'un tel comportement constitutif de fraude serait de nature à remettre en cause la séparation selon les règles de droit commun.

**2 - Les opérations juridiques réalisées par l'EIRL**

L'un des points juridiquement très intéressants de la nouvelle notion de patrimoine d'affectation réside dans la possibilité admise par le législateur de réaliser certaines opérations juridiques sur ce patrimoine d'affectation, c'est-à-dire sur les éléments d'actifs mais également sur le passif attaché à ce patrimoine. Il s'agit d'une innovation majeure en droit français, seule la transmission à cause de mort d'un patrimoine étant jusque là permise en droit français.

L'article L. 526-17 du code de commerce évoque différentes opérations, la cession à titre onéreux, la transmission à titre gratuit entre vifs ou l'apport en société de l'intégralité du patrimoine affecté. Ainsi, l'EIRL peut en transférer la propriété dans les conditions prévues par le texte sans procéder à sa liquidation. Cette disposition soulève un certain nombre de réflexions générales formulées avant de s'attarder sur chacune des opérations envisageables.

Au titre des remarques générales, la lecture de l'article L. 526-17 du code de commerce conduit à s'interroger sur le caractère limitatif de la liste d'opérations juridiques susceptibles d'être réalisées sur le patrimoine affecté.

En effet, peut-on imaginer un contrat de location, suivant ainsi le modèle du

contrat de location-gérance portant sur un fonds de commerce ? Même si le texte n'en dit rien, cela ne doit pas conduire à une exclusion pure et simple. Comme pour le fonds de commerce, cette location pourrait intervenir préalablement à la cession du patrimoine affecté. Dans ce cas, le locataire poursuivrait l'exploitation et deviendrait donc EIRL. IL prendrait en charge l'activité et le passif qui en résulte, l'importance du passif permettant de moduler le loyer dû par le locataire dans un premier temps au moins. La question délicate est alors la protection des créanciers qui peuvent craindre un défaut de paiement du fait du changement d'exploitant. L'absence de règle légale pourrait donc s'avérer gênante, les textes sur EIRL ayant systématiquement introduit des règles de protection des créanciers.

De même, peut-on envisager d'accorder des sûretés, un nantissement principalement, sur le patrimoine affecté ? Cette universalité constitue une valeur importante et il serait pénalisant pour l'EIRL de ne pas pouvoir l'utiliser pour obtenir du crédit. Toutefois, l'obstacle essentiel est bien entendu la présence de passif, de nature à faire évoluer le patrimoine affecté et à lui faire perdre sa valeur. Mais, la doctrine admet que la sûreté puisse porter seulement sur les actifs. IL semble toutefois que le texte de l'article L. 526-17 en mentionnant expressément que les opérations énumérées portent sur l'intégralité du patrimoine affecté ait voulu exclure un fractionnement, reconnaissant ainsi l'indivisibilité de l'actif et du passif. A n'en pas douter, les créanciers seront très réticents à accepter une telle sûreté, ce qui a certainement conduit à ne pas l'envisager.

Le second point concerne le domaine des opérations juridiques retenues. IL convient de souligner que le texte mentionne qu'elles porteront sur l'intégralité du patrimoine, ce qui conduit à opérer en droit français un transfert de dettes, opération toujours controversée en l'absence de texte dans le droit des obligations, ce qui devrait changer avec la prochaine réforme du droit des obligations. La question est alors le caractère d'ordre public de cette disposition. A défaut de précision légale, il semble que l'on puisse volontairement y déroger, ce qui permettrait de faciliter certaines opérations difficilement envisageables. Toutefois, n'est-ce pas dénaturer le patrimoine affecté que de supprimer la corrélation entre l'actif et le passif. Là encore, le sort des créanciers paraît bien fragile.

Si l'on passe maintenant à l'examen des opérations expressément prévues dans l'article L. 526-17 du code de commerce quelques remarques peuvent être formulées.

En ce qui concerne la cession à titre onéreux du patrimoine affecté, il s'agit du

transfert de propriété d'une universalité de droit, actif et passif, avec les risques qui en résultent pour l'acheteur. Ainsi, comme en cas de cession de droits sociaux, parts sociales ou actions, une garantie pourra être donnée par le vendeur qui s'engagera à prendre en charge le passif antérieur à la vente qui ne se révèlerait qu'après la conclusion de ce contrat. Le texte précise que cette opération n'obéit pas au formalisme de la vente de fonds de commerce, les créanciers de l'EIRL étant protégés par des règles propres, principalement un droit d'opposition qui peut conduire à leur accorder des sûretés ou à les payer. Dans tous les cas, le cessionnaire devient de plein droit débiteur des créanciers, sans novation.

En ce qui concerne, la transmission à titre gratuit, là encore la difficulté viendra de l'existence du passif compris dans le patrimoine affecté. N'y a-t-il pas alors donation avec charge ? Au regard de la définition retenue en droit civil, cela ne paraît pas évident. Les règles de protection des créanciers sont similaires à celles de la vente.

Enfin, pour l'apport en société, des règles originales s'imposaient, une personne morale ne pouvant être titulaire d'un patrimoine affecté. Dès lors, l'apport réalisé par l'EIRL du patrimoine affecté entraîne sa disparition, l'actif et le passif étant transférés à la société. Il s'agit alors d'un avantage comparé à l'apport du fonds de commerce qui oblige les parties à prévoir une prise en charge du passif par la société. Ici, la transmission sera automatique.

La nouveauté des dispositions relatives aux opérations juridiques sur le patrimoine affecté suscite tout une série d'hésitations qui naissent de la difficulté à déterminer la qualification juridique de ce patrimoine, bien, universalité ou les deux. Cela rend délicate, l'adoption d'un régime juridique et doit conduire les juristes certainement à revoir leurs habitudes et leurs certitudes. Ce qui n'est jamais facile ….

**C - Le décès de l'EIRL**

Le législateur n'a pas oublié d'accompagner l'EIRL jusque dans la tombe et a prévu dans deux textes, les articles L. 526-15 et L.526-16 le sort du patrimoine affecté en cas de décès de l'EIRL. Deux situations sont abordées avec des conséquences juridiques bien différentes.

D'une part, il est possible qu'aucun héritier de l'EIRL ne soit intéressé par la

poursuite de l'activité et donc par la reprise du patrimoine affecté. Dans ce cas, il disparaît et les biens du défunt sont réunis et forment la masse successorale. Toutefois, l'article L. 526-15 mentionne que les règles de gage des créanciers demeurent, les créanciers professionnels conservent comme gage les biens du patrimoine affecté, alors que les créanciers personnels voient leur gage limité au patrimoine personnel. Ainsi, la liquidation de la succession doit être scindée et il convient d'identifier précisément les biens figurant dans chaque patrimoine.

D'autre part, si un ou plusieurs héritiers sont intéressés par la reprise du patrimoine affecté, il devront manifester cette intention dans un délai de trois mois à compter du décès, ce qui permettra de maintenir le patrimoine affecté et certainement de confier sa gestion, au nom de l'indivision, à l'héritier qui souhaite le reprendre. Cette reprise ne pourra intervenir qu'une fois que la succession aura été liquidée et que le partage des biens du défunt aura été réalisé. Alors, l'héritier qui aura récupéré dans son lot le patrimoine affecté, sous condition de verser une soulte en fonction de ses droits dans la succession et de la valeur du patrimoine, pourra s'inscrire en tant qu'EIRL et exploiter en son nom l'entreprise. Le patrimoine affecté aura alors survécu à son exploitant décédé, ce qui là encore est exceptionnel en droit français.

Au terme de ce tour d'horizon, il apparaît clairement que le patrimoine affecté bouscule les certitudes des juristes, ce qui est stimulant pour la réflexion. Toutefois, de tels bouleversements ont pour le moment rebuté les praticiens, avocats, notaires, experts-comptables qui sont encore bien réticents à s'aventurer sur le chemin de l'EIRL avec leurs clients. Il faut espérer que le temps fera son oeuvre, les révolutions juridiques sont toujours des trains à petite vitesse…